

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

El problema de la retroactividad de las leyes penales

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carmen Yolanda Valero Fernández

Director

Antonio García-Pablos de Molina

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDA: CARMEN YOLANDA VALERO FERNÁNDEZ

DIRECTOR PROFESOR Dr. D. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

Madrid 2015

EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

ÍNDICE

<i>Índice</i>	2
<i>Abreviaturas</i>	10
<i>Introducción</i>	13

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EXÉGESIS DEL PROBLEMA

1	<i>Antecedentes Históricos</i>	15
	1.1 <i>Principio de Legalidad</i>	15
	1.2 <i>Principio de Retroactividad</i>	17
	1.3 <i>Principio de Irretroactividad</i>	19
2	<i>Movimiento Codificador</i>	21
	2.1 <i>Antecedentes Históricos</i>	21
	2.2 <i>Codificación en España</i>	23
	2.3 <i>Constitucionalismo y Codificación entre 1808 y 1822</i>	27
	2.3.1 <i>Estatuto de Bayona de 1808</i>	27
	2.3.2 <i>Constitución de 1812</i>	28
	2.3.3 <i>Código Penal de 1822</i>	31
	2.4 <i>Constitucionalismo y Codificación entre 1832 y 1850</i>	34
	2.4.1 <i>Estatuto Real de 1834</i>	34
	2.4.2 <i>Constitución de 1837</i>	35
	2.4.3 <i>Constitución de 1845</i>	37
	2.4.4 <i>Código Penal de 1848</i>	39
	2.4.5 <i>Reforma de Código Penal de 1850</i>	43
	2.5 <i>Constitucionalismo y Codificación entre 1851 y 1875</i>	46
	2.5.1 <i>Constitución nonata de 1856</i>	46
	2.5.2 <i>Constitución de 1869</i>	47
	2.5.3 <i>Código Penal de 1870</i>	48
	2.5.4 <i>Constitución nonata de 1873</i>	51

2.6	<i>Constitucionalismo y Codificación entre 1876 y 1933.....</i>	52
2.6.1	<i>Constitución de 1876.....</i>	52
2.6.2	<i>Código Penal de 1928.....</i>	54
2.6.3	<i>Constitución de 1931.....</i>	57
2.6.4	<i>Código Penal de 1932.....</i>	60
2.7	<i>Constitucionalismo y Codificación entre 1934 y 1977.....</i>	62
2.7.1	<i>Código Penal. Texto Refundido de 1944.....</i>	62
2.7.2	<i>Fuero de los Españoles.....</i>	67
2.7.3	<i>Código Penal. Texto Revisado de 1963.....</i>	67
2.7.4	<i>Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.....</i>	68
2.7.5	<i>Código Penal. Texto Refundido de 1973..... ..</i>	69
2.8	<i>Constitucionalismo y Codificación entre 1978 y 1995.....</i>	71
2.8.1	<i>Constitución de 1978.....</i>	71
2.8.2	<i>L.O. 8/1983 de 25 de junio.....</i>	74
2.8.3	<i>L.O 3/1989 de 21 de junio.....</i>	75
2.8.4	<i>L.O. 10/1995 de 25 de junio.....</i>	76
2.9	<i>Reformas posteriores al Código Penal de 1995.....</i>	79
2.9.1	<i>L.O. 5/2000 de 12 de enero.....</i>	79
2.9.2	<i>L.O.7/2003 de 30 de junio.....</i>	83
2.9.3	<i>L.O.15/2003 de 25 de noviembre.....</i>	87
2.9.4	<i>L.O. 5/2010 de 22 de junio.....</i>	88
2.9.5	<i>Ley 5/2012 de 22 de octubre.....</i>	90
2.9.6	<i>Ley 7/2012 de 27 de diciembre.....</i>	90
2.9.7	<i>Ley 1/2015 de 30 de marzo.....</i>	91
2.9.8	<i>Ley 2/2015 de 30 de marzo.....</i>	93
2.9.9	<i>Ley 4/2015 de 30 de marzo.....</i>	94
3	<i>Recapitulación. Toma de postura.....</i>	94

CAPITULO II

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE RETROACTIVIDAD.

FUNDAMENTO DOGMÁTICO

1	<i>Irretroactividad.....</i>	97
---	------------------------------	----

1.1	<i>Concepto</i>	97
1.2	<i>Fundamentación</i>	101
1.2.1	<i>Teoría de la Seguridad Jurídica</i>	101
1.2.2	<i>Teoría del Principio de Legalidad</i>	104
1.2.2.1	<i>Garantía criminal</i>	105
1.2.2.2	<i>Garantía penal</i>	106
1.2.2.3	<i>Garantía jurisdiccional</i>	106
1.2.2.4	<i>Garantía de ejecución</i>	107
1.2.3	<i>Teoría de los Derechos Adquiridos</i>	107
1.2.4	<i>Teoría de la Naturaleza de la Norma Jurídica</i>	110
1.2.5	<i>Teoría del Principio de Culpabilidad</i>	111
1.2.6	<i>Teoría del Hecho Jurídico Cumplido</i>	112
1.2.7	<i>Teoría del Principio de Autonomía de la Voluntad</i>	114
2	<i>Retroactividad</i>	115
2.1	<i>Concepto</i>	115
2.1.1	<i>Clases de retroactividad</i>	118
2.1.2	<i>Grados de retroactividad</i>	122
2.1.2.1	<i>Retroactividad Auténtica o de Grado Máximo</i>	123
2.1.2.2	<i>Retroactividad Intermedia o de Grado Medio</i>	124
2.1.2.3	<i>Retroactividad de Grado Mínimo</i>	125
2.1.3	<i>Retroactividad y Retrospección</i>	125
2.2	<i>Fundamentación</i>	127
2.2.1	<i>Posición de Castán Tobeñas</i>	129
2.2.2	<i>Posición de De Castro y Bravo</i>	130
2.2.3	<i>Posición de Espín Cánovas</i>	131
2.2.4	<i>Posición de Díez-Picazo</i>	131
2.2.5	<i>Posición de García de Enterría</i>	132
2.2.6	<i>Posición de Jiménez de Asúa</i>	133
2.2.7	<i>Posición de Antón Oneca</i>	134
2.2.8	<i>Posición de Quintano Ripollés</i>	135
2.2.9	<i>Posición de Rodríguez Devesa</i>	136
2.2.10	<i>Posición de Muñoz Conde</i>	137
2.2.11	<i>Posición de Cobo del Rosal</i>	138
2.2.12	<i>Posición de García-Pablos de Molina</i>	139

2.3	<i>Consagración Normativa del Principio de Retroactividad.....</i>	141
2.4	<i>Tratamiento Jurisprudencial.....</i>	143
2.4.1	<i>Tribunal Supremo.....</i>	143
2.4.2	<i>Tribunal Constitucional.....</i>	146
3	<i>Principio de Proporcionalidad o Prohibición de Exceso.....</i>	148
4	<i>Recapitulación. Toma de postura.....</i>	149

CAPITULO III.

CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1	<i>Reconocimiento del Principio de Irretroactividad en CE 1978.....</i>	152
1.1	<i>Constitución: Norma Suprema del Ordenamiento.....</i>	152
1.2	<i>Principio de Irretroactividad en el Marco Constitucional de 1978.....</i>	155
1.2.1	<i>Iter Parlamentario.....</i>	160
1.2.2	<i>Disposiciones Sancionadoras no Favorables.....</i>	162
1.2.3	<i>Disposiciones Restrictivas de Derechos.....</i>	165
1.3	<i>Principio de legalidad en CE 1978.....</i>	169
1.3.1	<i>Iter Parlamentario.....</i>	170
1.3.2	<i>Reserva de Ley en Materia Penal.....</i>	172
1.3.3	<i>Estados Peligrosos y Medidas de Seguridad.....</i>	183
1.3.4	<i>Derecho Administrativo Sancionador.....</i>	184
1.4	<i>Principio General de Retroactividad de Leyes Favorables.....</i>	186
1.5	<i>Derecho Comparado.....</i>	187
1.5.1	<i>Derecho Francés.....</i>	189
1.5.1.1	<i>Principio de Irretroactividad.....</i>	190
1.5.1.2	<i>Principio de Retroactividad.....</i>	191
1.5.2	<i>Derecho Alemán.....</i>	193
1.5.2.1	<i>Principio de Legalidad.....</i>	193
1.5.2.2	<i>Principio de Irretroactividad.....</i>	194
1.5.2.3	<i>Principio de Retroactividad Favorable....</i>	196
1.5.3	<i>Derecho italiano.....</i>	197

	1.5.3.1 Principio de Legalidad.....	198
	1.5.3.2 Principio de Irretroactividad.....	199
	1.5.3.3 Principio de Retroactividad.....	200
2	<i>Derecho Transitorio General</i>	200
2.1	<i>Derecho Transitorio en Código Civil</i>	201
2.1.1	<i>Artículo 2.3 en el Código Civil</i>	202
2.1.2	<i>Disposiciones Transitorias del Código Civil</i>	204
2.1.2.1	<i>Disposición Preliminar</i>	207
2.1.2.2	<i>Disposiciones de carácter general</i>	207
2.1.2.3	<i>Disposiciones de carácter especial</i>	210
2.2	<i>Derecho transitorio en Código Penal español</i>	215
2.2.1	<i>Disposiciones Transitorias</i>	215
2.3	<i>Derecho Transitorio en Leyes Penales posteriores al CP</i>	226
3	<i>Doctrina Parot</i>	232
3.1	<i>Sentencia 197/2006. Fundamentos Jurídicos</i>	233
3.2	<i>Posición del Tribunal Supremo</i>	237
3.2.1	<i>Contrarios a la Doctrina Parot</i>	238
3.3	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	239
3.4	<i>Posiciones doctrinales</i>	240
3.4.1	<i>García-Pablos de Molina</i>	240
3.4.2	<i>Martín Retortillo Baquer</i>	241
3.4.3	<i>Manzanares Samaniego</i>	243
3.4.4	<i>Vives Antón/Cuerza Arnau</i>	244
3.4.5	<i>Núñez Fernández</i>	246
3.4.6	<i>Gómez Benítez</i>	246
3.4.7	<i>Cuerda Riezu</i>	247
3.4.8	<i>Muñoz Clarés</i>	248
4	<i>Recapitulación. Toma de postura</i>	249

CAPITULO IV

SUPUESTOS CONTROVERTIDOS Y POLÉMICOS

1	<i>Análisis de los Presupuestos</i>	251
---	---	-----

1.1	<i>Leyes Penales Favorables y su alcance</i>	251
1.1.1	<i>Interpretación Doctrinal</i>	251
1.1.2	<i>Interpretación Jurisprudencial</i>	254
1.2	<i>Técnicas de Reenvío</i>	255
1.2.1	<i>Leyes Penales en Blanco. Pereza Legislativa</i>	255
1.2.1.1	<i>Concepto</i>	255
1.2.1.2	<i>Posición Doctrinal</i>	258
1.2.1.3	<i>Posición Jurisprudencial</i>	261
1.2.1.4	<i>Aplicación retroactiva</i>	264
1.2.2	<i>Conceptos Jurídicos Indeterminados</i>	269
1.2.2.1	<i>Concepto</i>	269
1.2.2.2	<i>Posición Doctrinal</i>	271
1.2.2.3	<i>Posición Jurisprudencial</i>	272
2	<i>Leyes Temporales y Excepcionales</i>	272
2.1	<i>Concepto</i>	273
2.2	<i>Supuestos Controvertidos</i>	273
2.3	<i>Reconocimiento en Sede Penal</i>	276
3	<i>Leyes Intermedias</i>	277
3.1	<i>Concepto</i>	277
3.2	<i>Aplicación Retroactiva</i>	278
3.2.1	<i>Posición Doctrinal</i>	278
3.2.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	280
4	<i>Leyes Procesales</i>	281
4.1	<i>Posición Doctrinal</i>	281
4.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	283
5	<i>Leyes que Actualizan o Revisan Cuantías</i>	285
5.1	<i>Posición Doctrinal</i>	285
5.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	287
6	<i>Leyes que Prevén la Responsabilidad Civil</i>	289
6.1	<i>Posición Doctrinal</i>	289
6.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	292
7	<i>Medidas de Seguridad</i>	294
7.1	<i>Concepto y Fundamentación</i>	294
7.2	<i>Reconocimiento en Sede Penal. Aplicación Retroactiva</i>	297

7.3	<i>Posición Jurisprudencial</i>	298
8	<i>Prescripción</i>	299
8.1	<i>Fundamento y Naturaleza Jurídica</i>	299
8.2	<i>Modificación en Sede Penal</i>	304
8.3	<i>Reconocimiento Jurisprudencial</i>	306
9	<i>Reincidencia y Antecedentes Penales</i>	309
9.1	<i>Interpretación Doctrinal</i>	309
9.2	<i>Interpretación Jurisprudencial</i>	312
10	<i>Cambios Jurisprudenciales</i>	314
10.1	<i>Modificaciones In Peius</i>	316
10.2	<i>Modificaciones a Favor del Reo</i>	318
10.3	<i>Opinión Jurisprudencial</i>	319
11	<i>Derecho Comparado</i>	321
11.1	<i>Derecho Francés</i>	321
11.1.1	<i>Posición Doctrinal</i>	322
11.1.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	323
11.2	<i>Derecho Alemán</i>	324
11.2.1	<i>Posición Doctrinal</i>	325
11.2.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	327
11.3	<i>Derecho Italiano</i>	328
11.3.1	<i>Posición Doctrinal</i>	328
11.3.2	<i>Posición Jurisprudencial</i>	330
12	<i>Recapitulación. Toma de Postura</i>	331
I	<i>CONCLUSIONES</i>	334
II	<i>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA</i>	345
III	<i>NORMATIVA</i>	356
IV	<i>ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO</i>	361
V	<i>SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA</i>	388
VI	<i>RESUMEN</i>	398
1	<i>Introducción</i>	398
2	<i>Contenido</i>	399
3	<i>Método</i>	400
4	<i>Conclusiones</i>	401

VII ABSTRAC	404
1 <i>Introduction</i>	404
2 <i>Goals/Content</i>	405
3 <i>Method</i>	406
4 <i>Conclusions/Results</i>	407

ABREVIATURAS

a.C	Antes de Cristo
apto	Apartado
aptdos	Apartados
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto de Tribunal Supremo
BGH	Tribunal Supremo alemán
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confrontar/ Cifrar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Cita/Obra citada
CJM	Código de Justicia Militar
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
d.C	Después de Cristo
DT	Disposición Transitoria
DDTT	Disposiciones Transitorias
Ed	Editorial
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
GG	Constitución alemana
IGTE	Impuesto General sobre Tráfico de Empresas
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
Km/h	Kilómetros/hora
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
NCP	Nuevo Código Penal
Nº	Número

Núms	Números
Ob.	Obra
Ob. Cit.	Obra citada
Pág	Página
PG.	Parte General
Prof.	Profesor
Pról.	Prólogo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
RDA	República Democrática alemana
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
S	Siglo
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Código Penal alemán
StGB-DDR	Código Penal de la República Democrática alemana
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
T	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid	Véase
Vol.	Volumen

“Nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”.

Manuel de Lardizábal

I. INTRODUCCIÓN

La ley es un acto de voluntad que no tiene la eficacia universal y permanente del Derecho, se encuentra sometida a la voluntad que la anima, limitada al tiempo y al espacio. La vida de la Ley se desenvuelve entre dos momentos: aquél en que nace por promulgación y publicación y aquel en que muere por derogación o declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo el ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el tiempo, mientras unas leyes se extinguen y otras nuevas nacen, se produce una sucesión entre ambas, cuyos conflictos constituyen Derecho intertemporal o transitorio, que determina el régimen jurídico aplicable a situaciones existentes durante una sucesión normativa, bien con el mantenimiento de la norma anterior, bien con la aplicación de la nueva norma.

Cuando la nueva ley entra en vigor, la ley antigua deja de estar vigente, lo que no parece crear interferencia o cruce alguno entre ambas leyes (plano normativo), sin embargo cuando se trata de aplicar una ley a hechos o relaciones jurídicas que se derivan de las anteriores o a situaciones acaecidas, en cuanto existen varias leyes que se suceden en el tiempo, no resulta pacífica su aplicación.

Pueden existir razones, para determinar qué situaciones, nacidas antes de la vigencia de la nueva ley, siguen bajo el amparo de la ley antigua, que aunque derogada, sobreviviría con una eficacia limitada a las mismas (ultractividad). Esta posibilidad plantea que la aplicación de normas, a hechos producidos durante su vigencia, no coincida siempre y se produzca una disociación entre el intervalo determinado, de existencia de la ley, y su ámbito temporal de aplicabilidad.

Para concretar el Derecho aplicable a situaciones jurídicas, nacidas bajo la vigencia de leyes antiguas, aún subsistentes en el momento en que adquiere vigencia la nueva regulación, el tránsito del Derecho antiguo al Derecho nuevo, es resuelto, en ocasiones, por el propio legislador, al añadir, en las nuevas leyes, disposiciones que remiten a la norma aplicable para estas relaciones jurídicas, o establece reglas para determinar la ley correspondiente, a través de Disposiciones Transitorias. Pero en la mayor parte de las situaciones, la omisión de estas reglas, deja paso al Ordenamiento que ofrece dos posibilidades, la aplicación irretroactiva de las leyes, concentrada en el principio *“tempus regit actum”* o, la aplicación retroactiva con ciertos límites.

No existen criterios rígidos, para su determinación, y se busca el equilibrio entre seguridad jurídica y respeto a las conquistas del Derecho, por una parte, y evolución y progreso del ordenamiento, como presupuesto para evitar su petrificación, por otra.

La problemática concerniente a la sucesión de leyes en el tiempo, tiene su origen en el carácter mutable del Derecho, que regula relaciones sociales, y evoluciona al igual que avanza la sociedad. El sometimiento de la sucesión de leyes, exclusivamente, al principio de retroactividad o al de irretroactividad de la ley, conllevaría al anquilosamiento del Derecho, por tanto las reglas deben ser interpretadas de acuerdo a los límites que comportan, dejando arbitrio al Tribunal.

La prohibición de retroactividad, se ha ligado, de manera inexpugnable, al principio de legalidad o sumisión del Derecho a la Ley, de modo que nadie puede ser castigado sino por hechos definidos en una Ley, que establezca el castigo, de manera previa a su perpetración.

La necesidad de normas ciertas, que excluyan la arbitrariedad de su aplicación, ha sido una constante desde la época romana, que ha dado forma al principio de seguridad jurídica, determinante en la sucesión de normas en el tiempo. Al igual que el principio de proporcionalidad, exigencia previa, para la aplicación de la ley posterior más favorable.

Las disposiciones constitucionales se imponen, como normas generales en la sucesión de normas en el tiempo. Los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional vigente en España, parten del principio general "*tempus regit actum*" y prevén la aplicación retroactiva de disposiciones favorables, para el reo, con ciertos límites. El Código Civil, en su artículo 2.3, también aboga por el principio "*tempus regit actum*". La legislación penal, por el contrario, reconoce, en el art 2.2 del Código, la retroactividad de leyes penales que favorecen al reo.

La aplicación del principio de retroactividad o irretroactividad de las normas debe llevar a una solución equilibrada, no hermética, objetiva y acorde a la realidad que se vive en cada momento, ponderando todas las circunstancias y los intereses en cada caso.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EXEGESIS DEL PROBLEMA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como referencia histórica, aunque sólo a efectos de consolidar la idea precoz de evitar el poder tiránico, podemos situar la plasmación del principio de legalidad, en el año 534 d.C, en el Digesto de Justiniano, “*poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto iposita est*” no se establezca más pena que la impuesta especialmente por una ley u otro derecho para cada delito.¹

Las primeras referencias modernas, al principio de legalidad penal, las hizo MONTESQUIEU, en 1748, en su obra “*Del espíritu de las leyes*” al poner de manifiesto la conexión entre la libertad de los ciudadanos, la división de poderes y el principio de legalidad, si bien CESARE BONESANA, Marqués de Beccaría y su obra “*Dei delitti e delle pene*” de 1764, fundamenta el *ius puniendi* del Estado en el contrato social, solo ejercido por el poder legislativo.²

El principio de legalidad, tal y como lo concebimos hoy, con sus dos vertientes, la de elaboración democrática y la de seguridad jurídica en su aplicación, surge en el movimiento ilustrado y liberal que triunfa con la Revolución Francesa, al pasar el pueblo de ser “instrumento” o “sujeto pasivo” del poder absoluto del Monarca a “partícipe” de dicho poder, para poder controlar su ejercicio, a través de “garantías” y el

¹ Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Desconocido, en principio, por el Derecho romano, la situación cambió hacia el fin de la República con las *leges iudiciorum publicorum* que instituyeron *crimina legitima* y penas legalmente determinadas, aunque estaba permitida la analogía. Con el Imperio se produce un retroceso y el Juez puede castigar *ad exemplum legis*. El derecho germánico es consuetudinario, como el de la Edad Media. Los siglos XVII y XVIII reaccionan contra la arbitrariedad y con el despotismo ilustrado surge el nuevo concepto de Estado, nación, pueblo y nacionalidad. Durante el siglo XIX surgen los primeros escritores que reivindican el principio de legalidad, como Beccaria. En “*Derecho Penal Español*” Parte General. Editorial Dykinson. Duodécima Edición revisada y puesta al día. Madrid 1995. Pág. 173 y ss.

² Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Transcribe el mejor resumen que puede hacerse de la obra de Beccaria: Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes. En “*El principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. 1997. Pág. 144.

“imperium” de la ley como expresión de la voluntad popular para conseguir el sometimiento del Juez a la ley.³ Es FEUERBACH, quién formuló el principio de legalidad bajo el aforismo “*nullum crimen sine lege*” y “*nullum crimen sine praevia lege*”, no puede considerarse delito, aquello que no tenga atribuido, legalmente, una pena y por tanto la ley debe ser anterior a la comisión del hecho delictivo.⁴

El principio de legalidad, base del Estado de Derecho para garantizar derechos individuales, se eleva, desde su origen, a rango constitucional. En Europa continental, queda reconocido en: Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1948, Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1950, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1958, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.⁵

³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Fuera de tal contexto se incurriría en una lectura formalista inamisible, que desvirtuaría el significado político de *nullum crimen*, porque es consecuencia del principio de división de poderes, la doctrina del contrato social y la soberanía popular. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Volumen I. Editorial Universitaria Ramón Areces. Quinta Edición. Madrid 2012. Pág. 473. También RUIZ ROBLEDO, A., En “*El principio de legalidad penal en la historia constitucional española*” Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 141 y ss.

⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Esta formulación del principio de legalidad, se atribuye a Paul Johann Anselm Von Feuerbach, y la asoció a su teoría de la coacción psicológica, en donde la pena ha de cumplir un cometido psicológico en el ciudadano para que se abstenga de cometer delitos. Es uno de los máximos representantes de la Teoría de la Prevención General de la Pena. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias de Derecho Penal*” Vol. I Ob. Cit. Pág. 481.

⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cit. artículo 8: “*Nadie puede ser castigado más que a virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente*”.

Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, cit. artículo 11.2: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”

Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1950, cit. artículo 7: “*Nadie puede ser condenado por acción u omisión, que en el momento en que ha sido cometida, no constituía infracción penal, según el Derecho nacional o internacional. Ni tampoco puede ser impuesta pena alguna más grave que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción*”.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1958, cit. artículo 7.1 “*Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cit. artículo 15.1: “*Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

1.2 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

La palabra “retroactividad”, en sentido etimológico, deriva del latín, significa “retro agüere” accionar, hacia atrás, obrar hacía atrás. De acuerdo con las fuentes romanas se acude a varias siguientes expresiones: “*retroagitur*”, “*reducitur*” o “*res retroducitur*” y *activus*, que produce efectos y por tanto significa actuar sobre el pasado.⁶ En el ámbito jurídico, SUÁREZ COLLÍA, la define “*en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva, a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que tuvieron su origen bajo el imperio de otra norma derogada*”.⁷

En derecho griego no existen referencias claras al principio de retroactividad. Será a partir del S. IV d.C, en los textos jurídicos romanos, cuando surgen las primeras referencias a la acción de las leyes en relación con el pasado, presente y futuro. Durante la república aparece la noción de “*causae finitae*” asuntos terminados por sentencia, transacción o prescripción como límite a la acción de las nuevas leyes, a través de la formula “*quae iudicate transacta finire sunt rata maneant*”.⁸ Cicerón, mantenía, la aplicación retroactiva de las leyes penales, en determinados supuestos, como en el caso de las leyes destinadas a tipificar y sancionar crímenes cometidos en el pasado.⁹ En la

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, cit. artículo 28: “*Las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa Parte, de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo*”.

⁶ Cfr. VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Editorial Dykinson. Madrid 2006. Pág. 11.

⁷ Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*”. Edita Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2005. Pág. 11.

⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., La cancellería imperial hace referencia al respeto legislativo hacia los hechos e incluso hacía las leyes pasadas, diciendo que el fin de las nuevas leyes era señalar el modo de juzgar las nuevas cuestiones y no criticar disposiciones pretéritas. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Instituto de Estudios Políticos. Tercera Edición. Madrid 1955. Pág. 707.; MACHO PÉREZ, AB., El límite a la acción de la ley nueva impide reabrir las causas finalizadas por juicio o transacción y, a sensu contrario, permite su aplicación a los litigios en curso “*causae pendentes*”. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona 2006. Tesis doctoral en red. <http://hdl.handle.net/10803/7308>. Pág. 149.

⁹ Vid. MACHO PÉREZ, AB., La idea se mantuvo, como criterio de Derecho intertemporal hasta que el movimiento Ilustrado exigió la ley penal previa como garantía fundamental para el ciudadano y como límite frente al poder. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 128.; En este sentido SUÁREZ COLLÍA, JM., La experiencia jurídica romana conoció de disposiciones que se aplicaban a situaciones pretéritas. Tanto el Código como las Novellas expresan esta pretensión en distintos pasajes. En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*”. Editorial Actas Madrid 1994. Pág. 23 y ss.

época de las Constituciones o época postclásica, se acuñó el término “*facta praeterita*” o “*causae pendentes*”. La primera formulación se encuentra en la Constitución de Teodosio I del año 393 d.C “*omnia constituta non praeteritis calumnian faciunte, sed futuris regulan ponant*”. Posteriormente, fue recogida en la Constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 440 d.C, y en el Código de Justiniano (529 d.C) “*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi nominatim et de praeterito tempore est adhuc pendentibus negotiis cautum sit*”, “las Constituciones y leyes se aplicarán a los hechos o negocios futuros y sólo cuando se disponga, expresamente, a los hechos pasados o en curso.¹⁰ Por tanto la ley es retroactiva si se aplica a un hecho pasado, aunque el litigio sobre el mismo se produzca en un tiempo futuro”.

La retroactividad de las leyes de “*interpretatio authentica*” consagrada, como regla escrita, en la Novela Justiniana estaba dirigida al intérprete y aplicador jurídico, se establece como regla general, en ausencia de disposición expresa, con el límite de las “*causae finitae*”, no era necesario derogar la antigua ley ni que la nueva apareciese regulando los hechos antiguos, bastaba con que la nueva ley interpretase la vieja ley, dándole nuevo sentido.¹¹

Los juicios de albedrío, desarrollados durante los siglos XII y XIII en Castilla y Vascongadas, impulsieron la aplicación retroactiva de las normas.¹²

El Derecho del Antiguo Régimen adoptó el criterio del proceso para determinar el alcance temporal de las nuevas leyes, con el límite de los procesos futuros.¹³

¹⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., La Constitución teodosiana (C I 14, 7) hace referencia a causa o pleito. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 707 y ss.; MACHO PÉREZ, AB., En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 148.

¹¹ Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., El recurso de calificar como interpretativas o aclaratorias normas innovadoras, con el propósito de que tuvieran efectos retroactivos, apunta a la práctica abusiva de reclamar la eficacia retroactiva de preceptos modificadores del ordenamiento, bajo el pretexto de que se trataba de normas cuya única finalidad consistiría en interpretar o aclarar normas anteriores. En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*”. Ob. Cit. Pág. 24.; DE CASTRO Y BRAVO, F., Justiniano encontró, además, un nuevo medio de aplicar retroactivamente las nuevas disposiciones, evitando todo escándalo, con el sistema de las leyes interpretativas. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 708.; MACHO PÉREZ AB., La regla de retroactividad podía ser despreciada, Su función es indicar al intérprete que en ausencia de disposición al respecto, rige la retroactividad con el límite de las “*causae finitae*”. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 131.

¹² Vid. GARCÍA-GALLO, A., En “*Manual de Historia del Derecho Español*”. Tomo II. Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Segunda Edición. Madrid 1964. Pág. 168 y ss.

¹³ Vid. MACHO PÉREZ, AB., Se implantó un sistema de transición entre el sistema consuetudinario y el sistema de legislación moderna, que definitivamente se instaura en el S. XVIII. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 133.

En Francia, a raíz de la Revolución Francesa, se dictaron leyes de carácter retroactivo y consecuencia del exceso, se estableció en la Constitución III, el principio de irretroactividad.¹⁴

Diversos textos internacionales sobre derechos humanos, incorporan, este principio, en la segunda mitad del S. XX, limitando su eficacia al ámbito penal. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 lo acoge, junto al principio de legalidad (garantía de legalidad penal), como excepción a la regla de irretroactividad.¹⁵ El Derecho continental actual, reconoce, la retroactividad, entre otros, en lo siguientes textos: Constitución de la Republica italiana de 1947, (art. 25.2); Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, (art. 103 II); Instrumento del Gobierno de Suecia de 28 de febrero de 1974, (capítulo 8 art. 1.3); y Constitución de la República Portuguesa de 1976. (art. 29.2)

El motivo de que inicialmente fuese reconocido con libertad total, sin límites jurídicos a la potestad legislativa y posteriormente con límites constitucionales diferentes, es una cuestión de utilidad pública.

2.3 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Surge, este principio, en Derecho griego, con el tránsito de un Derecho estático a un derecho reformable.¹⁶ Se justifica, por aplicación del principio que tiende a garantizar la confianza en el Ordenamiento jurídico. El rechazo a la retroactividad queda puesto de manifiesto en un discurso entre Cicerón y Verres en que se plasma la confianza en el ordenamiento jurídico, basado en argumentos de seguridad jurídica y en

¹⁴ Cfr. SUÁREZ COLLÍA, JM., Los excesos de la Revolución francesa atribuyendo efectos retroactivos a las leyes en materia de Derecho de Sucesiones, hizo que se impusiera la extensión del principio de irretroactividad a todos los campos del Derecho. En *“El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial”*. Ob. Cit. Pág. 31.

¹⁵ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos cit. artículo 15 *“Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*. En este sentido CUERZA RIEZU, A., En *“La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”*. La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 aniversario. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Edita JM Bosch. Madrid 1998. Pág. 276.

¹⁶ Cfr. MACHO PÉREZ, AB., La idea de que la nueva ley se dirige al tiempo futuro, posterior a su promulgación latía ya en aquella época histórica, como reflejan algunos pasajes de Platón Demosthenes y Aristóteles. En *“El principio de irretroactividad en Derecho Tributario”* Ob. Cit. Pág. 128.

la previsibilidad de la nueva regulación.¹⁷ El Digesto también hace referencia a dicho principio “*Poenā non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter hic delicto impositū est*”.¹⁸

La Constitución de Teodosio II y Valentiniano III (440 d.C) formula de manera expresa la regla de no retroactividad del derecho, plasma el rechazo a aplicar una ley nueva que se mueva sobre hechos pasados. Este concepto alterna con la “*interpretatio authentica*” y sienta las bases del Derecho transitorio para los sistemas legislativos.¹⁹

Durante la Edad Media, quedan de lado las cuestiones de Derecho transitorio y de retroactividad normativa, debido al predominio de la costumbre. Rige la regla “*tempus regit actum*”, seguridad jurídica y previsibilidad como fundamento de la irretroactividad de las leyes desfavorables y consideran a las normas que fijan el Derecho anterior, como leyes interpretativas.²⁰

Con la Ilustración y la consagración de libertades y derechos civiles del ciudadano frente al poder, la irretroactividad alcanza su reconocimiento

¹⁷ Vid. Cicerón in Verrem II, Libro I, 43. Pág. 107 y ss. Se trata de un edicto de Verres por el que pretende aplicar la *lex Voconia* (incapacidad para heredar) a testamentos realizados con anterioridad dejándolos sin efecto. Cicerón muestra su indignación, al respecto, señalando que el testador no ha podido prever la nueva regulación. Tanto la Constitución de Teodosio II como de Valentiniano III del año 400, contienen la afirmación del príncipe de que la ley nueva no tiene acción sobre el pasado. En este sentido SUÁREZ COLLÍA, JM., La confianza en el ordenamiento supone que “en un momento dado, todos tienen que poder prever las consecuencias jurídicas de sus acciones”. Cicerón exige que el principio de irretroactividad sea observado sin excepciones y, en efecto, nunca fue violado. En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*”. Ob. Cit. Pág. 22 y ss.; VERDERA IZQUIERO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 14.

¹⁸ Vid. Digesto 50, 16.131, párrafo I. Así QUINTANO RIPOLLÉS, A., En “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1963. Pág. 156.

¹⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., Los juristas romanos conocieron el problema que producían los cambios de leyes y sus políticos pensaron, que las novedades legislativas no debían aplicarse más que a los actos futuros. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 707; MACHO PEREZ, AB., Se aplica la fórmula general de la regla de irretroactividad dirigida al aplicador jurídico, salvo que se disponga lo contrario y en determinados supuestos, como sucede en el caso de las leyes de “*interpretatio authentica*”, para los que se establece como regla general su aplicación retroactiva. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*” Ob. Cit. Pág. 132.

²⁰ Cfr. GARCÍA-GALLO, A., El Derecho visigodo, impone la irretroactividad con la imposibilidad de volver sobre las causas terminadas. En “*Manual de Historia del Derecho Español*”. Tomo II. Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Ob. Cit. Pág. 168 y ss. SUÁREZ COLLÍA, JM., La cita como irretroactividad intermedia... “en ningún caso se vuelve sobre las causas terminadas”. En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad. Concepto, tratamiento normativo y jurisprudencial*”. Ob. Cit. Pág. 25; MACHO PÉREZ, AB., En los regímenes de carácter consuetudinario se concede a las normas amplia extensión temporal, permitiendo su aplicación a todos los procesos pendientes y futuros, con el límite de las *causae finitae*. El momento de referencia es el proceso, mientras que en los sistemas legislativos, el momento temporal de referencia es la realización del hecho y la producción del efecto jurídico. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 133.

constitucional.²¹ Aparece reconocido, este principio en: Declaración de Derechos de Delawere (septiembre de 1776), y de Masachusettes de 1780.²² En derecho continental, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, contiene una síntesis del pensamiento ilustrado del S. XVIII, establece como premisa “*ningún hombre puede ser sometido sino a las leyes consentidas por él o por sus representantes, anteriormente promulgadas y legalmente aplicadas*”, también se reconoce en Constitución francesa de 1793.²³ A partir de este momento, el principio de irretroactividad adquiere importancia y sirve de prohibición o límite a la retroactividad frente al legislador.²⁴

2. MOVIMIENTO CODIFICADOR

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Codificación supuso la evolución para el Derecho de países occidentales y está en relación con la creación y consolidación del Estado de Derecho. Su trascendencia cultural, política y jurídica, conduce a la supresión de viejas estructuras jurídicas del Antiguo Régimen y su sustitución por un nuevo ordenamiento jurídico. Comienza a finales del S. XVIII y se desarrolla durante el S. XIX, según circunstancias políticas, históricas y jurídicas de cada país.²⁵

²¹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., La elevación del principio de irretroactividad hasta darle valor dogmático coincide con el movimiento codificador. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 709.

²² Declaración de Derechos de Delawere 1776, cit. artículo 11: «*Que las leyes retroactivas que castigan delitos cometidos antes de la existencia de dichas leyes son opresivas e injustas y no deben dictarse*». El artículo 24 de la Declaración de Derechos de Masachusettes manifiesta «*Las leyes dictadas para castigar acciones realizadas con anterioridad a la existencia de dichas leyes y que no hayan sido declaradas delito por leyes precedentes, son injustas, opresivas e inconsistentes con los principios fundamentales de un gobierno libre*» Cfr. ARTOLA GALLEGÓ, M., En “*Los Derechos del Hombre*” Editorial Alianza, Madrid 1987. Pág. 57 y ss.

²³ Manifiesta el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “*Nadie puede ser castigado mas que a virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente*”.

Constitución Francesa de 24 de junio de 1793, cit. artículo 14 “*La loi qui punirait des delits commis avant qu’elle existât, serait une tyrannie; l’effect rétroactif donné à la loi serait un crime*” (La ley que castiga los delitos cometidos antes de que existan es una tiranía. El efecto retroactivo de la Ley es un crimen)

²⁴ Me remito a lo expuesto, en el principio de legalidad, en relación a las Declaraciones de Derechos Internacionales que reconocen el principio de irretroactividad.

²⁵ Vid. BARÓ PAZOS, J., La Codificación es algo más que un fenómeno propiamente jurídico; es rasgo distinto de una época histórica, en la que surge un nuevo Estado y una nueva sociedad dominada por la clase burguesa; por todo ello, comporta una serie de connotaciones políticas, sociales y económicas, que

El proceso codificador en Europa, se produjo como consecuencia de determinados factores y nuevos conceptos filosóficos y jurídicos, que imperan en el viejo continente, Racionalismo, Iluminismo e Ilustración. La Revolución francesa, es considerada causa directa de la constitución del Estado de Derecho y consecuencia inmediata del cambio político, será el nacimiento de una nueva clase social, la burguesía, que surge de las ideas del liberalismo económico y político e impulsó la transformación de la sociedad.²⁶

Constitucionalismo y Codificación se basan en la primacía del poder legislativo, como directamente representativo de la soberanía nacional. Pretenden la unificación jurídica y política de nuevos Estados de régimen liberal, donde se mezcla el reflejo del Derecho tradicional con la innovación jurídica, por la estructura, modo de manifestación y conservación del derecho.²⁷ La Constitución es el código político y el Derecho, se convierte en método de intervención social deliberado a partir de este momento, cuyo objetivo es ordenar la sociedad mediante la razón y plasmarlo en mandatos legales.²⁸

transcenden a las estrictamente jurídicas. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Editorial Universidad de Cantabria. Santander 1993. Pág. 11.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., El siglo XIX es, el siglo burgués, el siglo de la preeminencia social y política de las clases medias. En *“La Historia del Constitucionalismo Español (1806-1936)”*. Centro de Estudios constitucionales. Cuarta edición revisada y ampliada. Madrid 1984. Pág. 27. Cfr. BARÓ PAZOS, J., Emanan un nuevo Derecho, producto del racionalismo iusnaturalista, que critica el derecho de la época anterior y surge el Estado liberal de Derecho. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Ob. Cit. Pág. 13.; Cfr. DÍEZ PICAZO LM/GULLÓN A., Aparece ligado a las ideas reformistas del liberalismo político. La reacción absolutista de 1814 hace desaparecer el propósito codificador, que no aparece hasta el segundo período constitucional (1820-1823). En *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Editorial Tecnos. Duodécima Edición, 2012. Pág. 48.

²⁷ Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, NIEVES., La primacía que se otorga a la Ley en el sistema continental, es consecuencia del proceso codificador y del constitucionalismo. En *“Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013. Pág. 44.; BARÓ PAZOS, J., Constitucionalismo y Codificación, constituyen la máxima expresión del nuevo orden jurídico, y son producto del iusnaturalismo racionalista; el Constitucionalismo confiere carta de naturaleza como Ley Suprema, que pone límites a la actuación del mismo sobre la sociedad, estableciendo, las bases de su organización; y la Codificación, reconoce y garantiza los derechos individuales de los ciudadanos frente a la sociedad y frente al propio Estado. El Derecho aparece sistematizado, abreviado, conciso y racionalizado a través de un nuevo lenguaje, para descubrir y corregir las deficiencias de que adolecía el Derecho del Antiguo Régimen. Tarea que surge con la nueva doctrina científica que emerge a impulso de las nuevas ideas jurídicas de la Ilustración. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Ob. Cit. Pág. 12 y ss.

²⁸ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Ello tiene dos consecuencias evidentes, la modificación de los vigentes ordenamientos jurídicos, con el objetivo de hacer posible las reformas que la nueva concepción del mundo exigía y el comienzo de la actividad codificadora para esclarecer el sistema normativo del Antiguo Régimen que convertía al Derecho en algo imposible de conocer y de aplicar. En *“Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. J.M. Bosch editor. Barcelona 2004. Pág. 21; VIDAL GIL, EJ., En *“Constitucionalismo y codificación: Las raíces ideológicas de la Codificación civil y penal en España”*. Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia Institut de Criminologia. Valencia 1997. Pág. 933 y ss.

Para FALCÓN y TELLA, fue necesaria la existencia de dos fases previas a la Codificación: legislación y compilación.²⁹

En España, surgen desde el S. XV, recopilaciones de leyes que subsisten hasta las Cortes de Cádiz de 1812.³⁰ La incorporación de España al movimiento codificador europeo, no se logra, de manera total, hasta finales de siglo, con la promulgación de la codificación procesal y el Código Civil en 1881 y 1889, respectivamente.³¹ La Codificación Penal girará en torno al principio general de humanización del Derecho Penal.³²

2.2 CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

Entre los siglos XVIII y XIX Europa asiste al inicio de la quiebra de estructuras sociales, económicas y políticas en torno a las que se habían organizados los distintos estados de la Edad Media. La inmensa mayoría de los ensayistas coinciden en señalar la separación de poderes entre los elementos que delimitan nítidamente el Estado de Derecho propio, del mundo contemporáneo del modelo anterior.³³

Los primeros pasos dirigidos a la codificación, son de principios del S. XIX, ante la necesidad de recopilar Pragmáticas y autos acordados, para que “*no vagasen fuera del Derecho*”. La Novísima Recopilación, promulgada en 1805, en el Libro XII

²⁹ Vid. FALCON y TELLA, MJ., La legislación es presupuesto ineludible para la Codificación; la compilación o recopilación, como fenómeno históricamente previo, que consiste en la mera aglutinación o yuxtaposición de normas por orden cronológico, pero no sistemático; y la Codificación, como reunión de todas las leyes de un país y rama jurídica en un solo cuerpo legal, con una unidad y una forma sistemática, como se manifiesta en la estructura de los Códigos en libros, secciones, capítulos y artículos. En “*Lecciones de Teoría del Derecho*”. Editorial UCM. Tercera Edición. Madrid 2006. Pág. 109.

³⁰ El Fuero Juzgo, (1211), Fuero Real (1255), Las Partidas (1265), Novísima Recopilación (1805).

³¹ Vid. VIDAL GIL, EJ., Los principios de adecuación y proporcionalidad de la pena al delito, la inutilidad personal y social de la pena de muerte, a prohibición del tormento y la necesidad de la formación de un Código criminal, centran la preocupación de nuestros Ilustrados a lo largo de los siglos XVII y XVIII. En “*Constitucionalismo y codificación: Las raíces ideológicas de la Codificación civil y penal en España*”. Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Ob. Cit. Pág. 937 y ss.

³² Vid. ALONSO ALONSO, JM., Ha destacado que “se lamentaban y con razón jurisconsultos y particulares de la maraña inexplorable de nuestra legislación al comienzo del siglo XIX. Tanto en el campo de lo civil como en el de lo criminal, y más en éste que en aquél, era sentidísima la necesidad de una Codificación, o al menos, de una sistematización un tanto rigurosa de nuestras Leyes, indicando siquiera cuáles estaban vigentes y cuáles derogadas” Sobre la necesidad de una auténtica Codificación penal. En “*De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*”. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Año II, núm. 11, febrero 1946, Pág. 3 y ss.

³³ Cfr. RODRÍGUEZ GONZALEZ, A., El orden penal es el que más posibilidades ofrece para reconstruir determinados aspectos de la historia de la vida cotidiana, microhistoria, o historia de las mentalidades. En “*Justicia y Criminalidad en Toledo y sus montes en la Edad Media*” Edita Ayuntamiento de Toledo y Consorcio de Toledo. Colección Archivo Municipal de Toledo nº 13. 2009. Pág.15.

“*De los delitos y las penas y los juicios criminales*” recoge la legislación penal, vigente en aquél momento y su aplicación se prolonga hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1822.³⁴ Legislación aplicable era Novísima Recopilación, Fueros y Partidas.³⁵

Posteriormente en España se decretan: Código de Comercio, promulgado por Real Decreto de 30 de mayo de 1829, Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Ley de Enjuiciamiento Criminal por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre de 1884, Código de la Marina de Guerra española de 24 de agosto de 1888 y Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Existe una estrecha vinculación entre Constitución y Código Penal, producto del cambio político y de ser la Codificación vía por la que se adaptan varios sectores del ordenamiento jurídico al régimen constitucional. En España se puede citar: Constitución de 1812, Código Penal de 1822; Constitución de 1845, Código Penal de 1848; Constitución de 1869, Código Penal de 1870; Constitución de 1931, Código Penal de 1932, la organización del nuevo Estado, Texto Refundido de 1944; y Constitución de 1978, reforma urgente y parcial de 1983.³⁶

La redacción del Código Civil, no encontró el debido clima hasta la década moderada, que se inicia en 1843, momento en el que se crea la Comisión General de Códigos. Los primeros intentos de codificación civil aparecen en 1808, con la Carta constitucional, pero sin resultados efectivos. La referencia constitucional de 1812 “*el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía*”

³⁴ Vid. CASABÓ RUIZ, JR., En 1722, Melchor de Maracaz elevó al Rey Felipe V un escrito titulado “*Auxilios para bien gobernar la monarquía católica*” en este escrito solicita al Rey un Código que servirá de pauta a los Jueces y letrados y critica la pena de muerte. En 1751 el Marqués de la Ensenada sugiere a Fernando VI la formación de un Código, que sería una nueva “*Recopilación*”. La idea de la codificación, se vuelve a plantear al monarca, en 1761, con motivo de la fuga de los condenados en los presidios de África, y con la contestación Real, a la consulta, se inicia la Codificación en España en 1770. Manuel de Roda, secretario de Estado, envió un oficio al Consejo solicitando informe acerca de la práctica de los hurtos y que se estudiase la reforma de las leyes criminales, que se encargó a Manuel de Lardizábal concluyendo la recopilación en 1778. En “*Los orígenes de la Codificación penal en España: El plan del Código Criminal de 1787*”. Anuario de Derecho Penal nº 22. 1969. Pág. 314 y ss.

³⁵ Vid. QUESADA MORILLAS, Y., Con clara preferencia práctica, de las Partidas sobre los Fueros y la Novísima Recopilación. En “*El delito de Rapto en el Primer Proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812*”. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I, Número Especial Junio 2009. Pág. 136; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ A., Otros autores como Zugaldía Espinar o Rodríguez Devesa nos dicen que aunque se estableció el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en realidad las fuentes del Derecho penal eran solamente las Pragmáticas y las Partidas. En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Ob. Cit. Pág. 94.

³⁶ Vid. GONZÁLEZ ESCRIBANO, JL., En “*El poder judicial a través de las Constituciones españolas*”. Revista de Derecho Judicial, 1972, número 42. Pág. 82 y ss.; También SÁNCHEZ AGESTA, L., En “*La Historia del Constitucionalismo español (1806-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 229 y ss.

(art. 258) conduce a redactar el primer proyecto de Código Civil en 1821, aunque incompleto.³⁷ Con el fin del absolutismo, aparece el primer proyecto completo de Código Civil, en 1836, manteniendo su estructura y contenido a los objetivos codificadores, siendo de gran influencia para los proyectos siguientes.³⁸ En 1843, la Comisión General de Codificación, inició la tarea codificadora de manera firme y la unidad de trabajos de Codificación con ilustres juristas.³⁹ En 1851, el Proyecto de Código Civil, “proyecto García Goyena” o “proyecto isabelino” no llegó a ser promulgado por su carácter unitarista, laico y afrancesado. No se presentó a Cortes, pero será fuente principal de inspiración para la redacción del Código de 1889.⁴⁰

Ante la falta de codificación civil y la escasa unidad codificadora, la jurisdicción civil se vio complementada con varias leyes referidas a aspectos parciales del ordenamiento, de derecho sustantivo y adjetivo, que permitió retrasar la redacción del

³⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., El propósito codificador reaparece con el segundo período constitucional (1820-1823) Propone conciliar, este proyecto las ideas liberales, utópicas y hasta positivas del progresismo, con la doctrina católica y la antigua concepción española de la unidad del Derecho. En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 206.; BARO PAZOS, J., Comprende materias de derecho público o constitucional, no responde a la idea de unificación privada, pero resultó punto de partida en la labor codificadora. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Ob. Cit. Pág. 17; Díez Pícazo, L/GULLÓN, A., En *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 49.

³⁸ Vid. BARÓ PAZOS, J., La calidad técnica y la modernidad de los principios que se recogen es este proyecto no le convirtieron en Ley. Goza de espíritu tradicionalista y conservador no conciliable con las nuevas directrices políticas sobrevenidas en España, después de la sublevación de La Granja, pero tiene un elevado interés en la historia de la Codificación española ya que se elabora conforme a las nuevas técnicas codificadoras. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Ob. Cit. Pág. 17 y ss.

³⁹ Vid. INIESTA PASTOR, E., El Gobierno justifica su creación apoyado en la necesidad de la reforma legislativa La composición de la Comisión General de Codificación para la Sección Civil, quedó establecida por el presidente Florencio García Goyena y los vocales Cirilo Álvarez, Claudio Antón de Luzuriaga, Domingo María Vila, Javier de Quinto, Domingo María Ruiz de la Vega, Tomás María Vizmanos y Manuel Ortiz de Zúñiga, como secretario. En *“La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”*. Anuario de Historia y Derecho. Tomo LXXXIII, 2013 Pág. 71 y ss. Cfr. BARÓ PAZOS, J., En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”* Ob. Cit. Pág. 94.

⁴⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., Obra fundamental en nuestra historia jurídica, antecedente inmediato legalmente reconocido del Código Civil y toda la obra posterior sobre la codificación girará en torno a sus soluciones. Desde su publicación serán tenidas en cuenta por doctrina y alguna vez por Tribunales, como representativas de la opinión más autorizada. Tendencias: unificadora, distingue matrimonio civil y sacramental, define la propiedad basada en la desamortización, afrancesado, transmisión basada en los principios de publicidad y especialidad. Era moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española. En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 209 y ss.; Díez Pícazo, L/GULLÓN, A., Constituye un hito fundamental en el movimiento codificador de nuestro país. En *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 49; VIDAL GIL, E.J., En *“Constitucionalismo y codificación: Las raíces ideológicas de la Codificación civil y penal en España”*. Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Ob. Cit. Pág. 942 y ss.

Código Civil.⁴¹ El reconocimiento expreso de derechos individuales de los ciudadanos llegó en 1868 y sus frutos fueron asumidos por la Constitución de 1876 que consolidó política y jurídicamente el régimen de la Restauración, dando lugar a una época de relativa calma social y política que propició la culminación de los intentos codificadores desarrollados a lo largo del siglo XIX. El proyecto de ley de bases de 1881 de Alonso Martínez empezó a encauzar el escollo codificador y la ley de bases de 1885 hizo posible la unificación del Derecho Civil.⁴²

La codificación del Derecho Mercantil, tiene lugar en mayo 1829, obra personal de Sainz de Andino, sin controversias salvo las Provincias Vascongadas que se resistieron a un Derecho mercantil unitario. La idea de contar con un mercado único, con una legislación igual para todos consiguió que los intereses de los comerciantes, dejaran atrás cualquier problema técnico o político en contra de su realización.⁴³

⁴¹ Leyes especiales citamos: Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 promulgada siendo Reina de España Isabel II y Ministro de Justicia Santiago Fernández Negrete. Autor Francisco de Cárdenas; Ley Hipotecaria de 1869 de 21 de diciembre de 1869; Ley del Notariado de 28 de mayo de 1962. BOE nº 149 de 29 de mayo; Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 para lograr el aprovechamiento de las aguas; Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870, promulgada en la Regencia de Espartero y un día antes que la del Matrimonio Civil y supuso la institucionalización de un mecanismo de publicidad oficial acerca del estado civil de las personas. Elaborada por el propio Ministerio se encargó su redacción a Eugenio Montero Ríos, al igual que la del Matrimonio Civil promulgada el 18 de junio de 1870.

⁴² BOE Nº 206 de 25 de julio de 1889, en el que se publica el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., Alonso Martínez propuso el sistema de Bases que defendió diciendo *“dos asambleas numerosas y de carácter eminentemente político pueden y deben discutir los grandes principio y las bases fundamentales de la legislación civil, pero no hacer el Código.”* En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 213; INIESTA PASTOR, E., Con la restauración de la Comisión General de Codificación, en 1875, se promulgaron varias normas: Ley de bases de Código Civil de 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, Código de Comercio 1885, y Ley de Bases de 1888 de Código Civil. Su gran obra es la creación de las Comisiones especiales de Derecho foral. En *“La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”*. Anuario de Historia y Derecho. Tomo LXXXIII. Ob. Cit. Pág. 78 y ss.; Cfr. BARÓ PAZOS, J., El retraso de la Codificación Civil en España se debe a muchos factores, entre los que se encuentran; la revolución de 1868 que produjo el acceso de las clases burguesas al poder político y el logro del reconocimiento efectivo de los derechos individuales de los ciudadanos en nuestro país; la labor de adaptación de los viejos textos (Partidas y Novísima) a las nuevas realidades de la época llevada a cabo por la jurisprudencia, hizo más accesible la labor codificadora. En *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889). De la codificación moderan a ala descodificación contemporánea”*. Ob. Cit. Pág. 19.

⁴³ Cfr. INIESTA PASTOR, E., A finales del reinado de Fernando VII, se crean una serie de Juntas, entre las que destaca la de 1929, cuyo resultado fue el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de Comercio. En *“La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”*. Anuario de Historia y Derecho. Tomo LXXXIII. Ob. Cit. Pág. 69.

2.3 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1808 Y 1822.

2.3.1 ESTATUTO DE BAYONA DE 1808

La decadencia española reinante durante el S. XVIII, se prolongó, durante el S. XIX, derivada de causas políticas. Esta idea desencadenó en una reforma política, apoyada por diversos grupos sociales, con diferentes enfoques. El constitucionalismo como limitación al poder real, es la idea de liberalismo, que surge en este siglo calificado como “*liberalismo del constitucionalismo, liberalismo o constitucionalismo liberal*”.⁴⁴

La débil situación política, durante el reinado de Carlos IV, se agravó con el tratado de Fontainebleau, origen de la “Guerra de la Independencia” (1808-1814). Bajo el reinado de José I, se proclamó el “*Estatuto de Bayona*”, carta otorgada, impulsada por Napoleón con notables influencias de la Constitución Francesa de 1791.⁴⁵

Contiene 146 artículos, pero no determina en quien recae la soberanía, aunque puede deducirse, que el Rey posee poder legislativo, convocatoria y disolución de las Cortes, nombramiento y cese de los miembros del Gobierno y nombramiento de Jueces.⁴⁶

El poder judicial se ejerce por Jueces y Magistrados de manera independiente. El espíritu codificador queda patente al disponer que se gobernarán, las Españas y las Indias, por un solo Código de leyes civiles, criminales (artículo 96) y de comercio (artículo 113).

⁴⁴ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., Con la sola excepción de los afrancesados que mantienen los principios del despotismo ilustrado de una reforma económica o administrativa realizada por el poder omnímodo del Monarca, todos los demás grupos difieren en la dosis, pero no en el principio esencial de la necesidad de una reforma de las instituciones políticas. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 29.

⁴⁵ Esta Carta otorgada tras ser consultada previamente por una asamblea de notables españoles denominada la “Junta de Bayona” fue aprobada el 8 de julio de 1808. Contiene 146 artículos divididos en trece Títulos. Título I “*De la Religión*” artículo 1; Título II, “*De la Sucesión de la Corona*”, artículos 2 a 7; Título III, “*De la Regencia*” artículos 8 a 20; Título IV, “*De la Dotación de la Corona*”, artículos 21 a 24; Título V “*De los Oficios de la Casa Real*”, artículos 25 y 26; Título VI, “*Del Ministerio*”, artículos 27 a 31; Título VII, “*Del Senado*”, artículos 32 a 51; Título VIII, “*Del Consejo de Estado*” artículos 52 a 60; Título IX, “*De las Cortes*”, artículos 61 a 86; Título X, “*De los Reinos y Provincias Españolas de América y Asia*”, artículos 87 a 94; Título XI, “*Del Orden Judicial*”, artículos 96 a 114; Título XII, “*De la Administración de Hacienda*” artículos 115 al 123; Título XIII, “*De las Disposiciones Generales*”, artículo 124 hasta el final. Vid. DE CASTRO Y BRAVO F. Fueron reglas tiránicas impuestas por el invasor y sólo obedecidas a la fuerza en la zona por él esclavizada. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 205.

⁴⁶ Vid. CHANAMÉ ORBE, R., Es muy expresivo que el título XI utiliza el término “*orden judicial*” en lugar de “*poder judicial*”. En “*Comentarios a la Constitución*”. Editorial Jurista Editores EIRL. Quinta Edición. Lima 2009. Pág.19.

No protege derechos, ni existe referencia al principio de legalidad e irretroactividad de las leyes. Vagos reflejos de salvaguarda de derechos, para la detención, (art. 41) inviolabilidad del domicilio (art. 126), y exigencia de una orden legal y escrita para poder ser preso, salvo en flagrante delito (art.127).⁴⁷

2.3.2 CONSTITUCIÓN DE 1812

El proceso de codificación, iniciado en España, recoge las tradiciones en cuerpos legales vigentes, hasta la promulgación de constituciones liberales y conservadoras, del S. XIX.⁴⁸ Las ideas ilustradas, surgidas con la Revolución francesa y el ascenso al poder de la burguesía, deseosa de acabar con los obstáculos del Antiguo Régimen, fueron detonante importante para la política que marcó el desarrollo de España, durante el S. XIX, que se incorpora al movimiento de la revolución industrial, con retraso y graves desfases.⁴⁹

Las Cortes de Cádiz se reunieron, en septiembre de 1810 para redactar la Constitución de 1812. La primera constitución española reconoce derechos a los ciudadanos, limitaciones regias y resulta clave, como texto político, en la teoría liberal.⁵⁰ Supuso el tránsito del absolutismo al poder liberal y del sistema autocrático al

⁴⁷ Dispone el artículo 41: *Todas las personas presas y no puestas en libertad o en juicio dentro del mes de su prisión, podrán recurrir directamente por sí, sus parientes o representantes, y por medio de petición, a la Junta Senatoria de Libertad Individual*; El artículo 126 manifiesta: *La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de la autoridad pública*. Expone el artículo 127 *Ninguna persona residente en el territorio de España y de Indias podrá ser presa, como no sea en flagrante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita*.

⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., El discurso preliminar de la Constitución de 1812 expresaba: *Las bases de este proyecto han sido para nuestros mayores verdaderas prácticas, axiomas reconocidos y santificados por la costumbre de muchos siglos*". El Estatuto Real de 1834 expresa el propósito de *"restablecer la fuerza y vigor de las leyes fundamentales de la Monarquía"*. En la Constitución de 1845 (preámbulo) queda patente la voluntad de *"regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos reinos"* También Cánovas define la Constitución de 1876 como *"mera articulación externa de la constitución interna, histórica, que es el sustrato de toda la evolución política española"* En *"Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)"*. Ob. Cit. Pág.33.

⁴⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J/ RODRÍGUEZ RAMOS L/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., La segunda revolución varía mucho según los países y el motor principal del desarrollo económico se traslada a las industrias de equipamiento. En *"Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1928-1944, recopilación y concordancias"*. Editorial Akal, Madrid 1988 Pág. 9; LASSO GAITE, JF., La Constitución de Cádiz, sienta el postulado de la unificación de fueros y códigos. En *"Crónica de la Codificación Española V"*. Codificación Penal. Volumen I. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificaciones. Centro de Publicaciones. 1970. Pág. 34.

⁵⁰ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Armoniza principios de la revolución burguesa con tradición monárquica española, proclama la soberanía nacional, establece la división de poderes, el mandato representativo y el

democrático, instaurando la monarquía como forma política del Estado español.⁵¹ SÁNCHEZ AGESTA destaca tres ideas esenciales del pensamiento revolucionario que influenciaron la Constitución gaditana: *contrato social* como fundamento del orden político y la soberanía nacional; *igualdad* como eje del pensamiento democrático; y concepción de *la ley*, como expresión de la voluntad general.⁵²

Contiene 384 artículos repartidos en diez títulos, donde se recogen criterios constitucionales.⁵³ Marca un nuevo planteamiento a la estructura del orden constitucional español y siembra ideas que transformarían la estructura social y política de la idea de nación. Exige determinados trámites para su reforma.⁵⁴

El principio de legalidad, “*nullun crimen, nulla poena sine lege*”, no queda recogido en su articulado, siendo la única constitución española que no recoge, de forma explícita, el principio de legalidad. Para RUIZ ROBLEDO, dicho principio puede deducirse de forma explícita de algunos preceptos del texto constitucional, coincidiendo con FRIGOLS I BRINES, en que se trata de un olvido involuntario y que su protección se halla en el espíritu que la impregna.⁵⁵

liberalismo exaltado. En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 149.

⁵¹ Cfr. ANTÓN ONECA, J., Fruto del trienio liberal, “*fue palenque en el que lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración Historia del Código penal de 1822*”. En “*Historia del Código Penal de 1822*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 2. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1965 Pág. 263; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J/RODRÍGUEZ RAMOS L/ RUIZ DE GORDEJUELA LOPEZ, L., En “*Códigos Penales Españoles. 1822-1848-1850-1928-1944, recopilación y concordancias*” Ob. Cit. Pág. 10.

⁵² Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 45 y ss.

⁵³ La soberanía nacional reside en la nación, a quién pertenece el derecho de establecer sus leyes fundamentales. La división de poderes está vinculada con la Monarquía moderada y se impone una cooperación entre el Rey y las Cortes para legislar. El sufragio universal consta para varones mayores de 25 años. La libertad de imprenta como órgano de la opinión pública es elemento básico de la soberanía nacional que debe informar la vida del Estado, e ilustrar la nación en general. Instituye la religión católica como única y verdadera de la nación.

⁵⁴ Constitución española de 1812, cit. Título I “*De la nación española y de los españoles*”, artículos 1 a 9; Título II “*Del territorio de las Españas, su religión y gobierno y de los ciudadanos españoles*” artículos 10 a 26. Título III “*De las Cortes*” artículos 27 a 167; Título IV “*Del Rey*” artículos 168 a 241; Título V “*De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal*” artículos 242 a 308. Título VI “*Del Gobierno interior de las provincias y de los pueblos*” artículos 309 a 337; Título VII “*De las contribuciones*” artículos 338 a 355; Título VIII “*De la fuerza nacional militar*” artículos 356 a 365; Título IX “*De la instrucción pública*” artículos 366 a 371; Título X “*De la observancia de la constitución. Modo de proceder para hacer variaciones en ella*” artículos 372 a 384.

⁵⁵ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., En el Capítulo III del Título II se instituye la división de poderes, que es el substrato previo para que pueda existir el principio de legalidad, de tal forma que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey (art. 15), la potestad de ejecutarlas reside en el Rey (art. 16) y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley (art. 17). b) Las garantías criminal y penal como reserva de ley para fijar los delitos y las penas se puede deducir de esta estricta división de poderes. En la misma dirección apunta tanto el artículo 287, cuando ordena que «ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por

Parte de la doctrina entiende que el principio de irretroactividad, está reconocido, en el texto, al exigir información sumaria del hecho, conforme a la ley, para poder ser preso.⁵⁶

Este texto constitucional omite la primera parte del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano “*La ley no podrá establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias*”, omisión que será una constante en el constitucionalismo español.⁵⁷

Fue declarada nula, por decreto de 4 mayo de 1814, a través del Manifiesto de los Persas, con la vuelta al absolutismo y el antiguo régimen.

el que merezca según la ley ser castigado» como el 258 que establece que «El Código civil y criminal y el de comercio serán uno mismo para toda la Monarquía». La reserva de ley penal se deduce también, *a contrario sensu*, de los artículos 172 y 245; el primero incluye entre las «restricciones de la autoridad del Rey» la siguiente: «no puede privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna»; el segundo determina que «los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado» (art. 245) c) La prohibición de la creación judicial de delitos y penas, la arbitrariedad judicial tan criticada por los ilustrados y que llevó a BECCARIA a negar a los jueces la capacidad de interpretar las leyes, está más que lograda en la Constitución de 1812: «los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado» (art. 245); «tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia» (art. 246). Al «Supremo Tribunal de Justicia» le corresponde la función de «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 261.10.).d) El monopolio judicial para juzgar los delitos (que es la mitad de la garantía jurisdiccional del principio de legalidad) apuntado en el artículo 16, se ratifica en el Título V, en sus dos vertientes, activa y pasiva. En la primera, el artículo 242 afirma contundentemente: «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales ». En la segunda, el artículo 243 prohíbe tanto a las Cortes como al Rey que ejerzan funciones judiciales, y detalla más: ni «avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos» e) La otra mitad de la garantía jurisdiccional, el procedimiento legalmente establecido ante juez competente, está determinado por partida doble: el artículo 244 ordena que «las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales; y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas»; el artículo 247 determina que «ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley. En “*El principio de legalidad penal en la historia constitucional española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág.150 ss.; FRIGOLS I BRINES, E., Los indicios de que la asamblea gaditana era partidaria de esas garantías existen porque parece que existe una verdadera garantía jurisdiccional (art. 244 y 286) con el derecho al juez predeterminado por la ley art. 247, con una regulación exhaustiva y garantista de la detención (art. 287-301), así como con preceptos que determinan la inamovilidad de los jueces, la regulación de la composición de los Tribunales y su monopolio en la actividad jurisdiccional (art. 247, 271 y 242) instituyendo el principio de publicidad del proceso (art. 302 y 303) y prohibiendo de forma expresa la tortura. También parece existir una reserva de ley (at. 15 y 17) y en la previsión de un Código Penal único para toda la monarquía (art. 258) Parece que lo que realmente falta en la Constitución citada es una prohibición expresa de la retroactividad de las normas penales más graves, así como el establecimiento de la exigencia de taxatividad”. En “*Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*” Ob. Cit. Pág. 246 y ss.

⁵⁶ Constitución española de 1812, cit. artículo 287: *Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca según la ley ser castigado*” Vid. CUERDA REIZU, AR., No está claro que el artículo referenciado sea expresión del principio de irretroactividad. En “*La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*”. La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 aniversario”. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Ob. Cit. Pág. 278.

⁵⁷ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., En “*El Derecho Fundamental a la legalidad punitiva*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2003. Pág. 77.

La oposición al gobierno, surgida, para obligar al rey a instaurar la Constitución, culminó en 1820, cuando se designó una Comisión, entre miembros del Consejo, encargada de redactar un texto punitivo.⁵⁸ Era necesario y urgente, en aquel momento, agrupar la legislación criminal, recopilar leyes penales y crear un Código Penal.⁵⁹

2.3.3 CÓDIGO PENAL DE 1822

Se fecha el comienzo de la Codificación hacia 1776, durante el reinado de Carlos III, con el encargo de un Código Criminal en que se recopilasen las leyes penales.⁶⁰ El encargo se hizo a Manuel de Lardizábal, para recoger un extracto de leyes penales vigentes, antecedentes y disposiciones dispersas, que más tarde sirvieron de ilustración para la Comisión Codificadora del Código Penal de 1822, cuyo autor principal es Calatrava.⁶¹

Desde el punto de vista jurídico penal, marcará el inicio de la codificación penal española, siendo referencia para los siguientes códigos penales.⁶² Resulta distinto en

⁵⁸ Cfr. ANTÓN ONECA, J., Participaban en aquella comisión, entre otros, Martínez de la Rosa, Calatrava, Vadillo, Caro, Victorica, Crespo Cantolla, Rivera, Flores Estrada y Rey. En *"Historia del Código Penal de 1822"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 267.

⁵⁹ Vid. ANTÓN ONECA, J., Desde Mayo de 1814 hasta Marzo de 1820 (Primer período absolutista de Fernando VII), la codificación penal y la simple reforma parcial de las leyes penales, fueron abandonadas. Como única excepción, se menciona un Real Decreto del 2 de Diciembre de 1819 por el que Fernando VII encargó al Consejo Real que elaborase un Código criminal donde hubiese una "clasificación discreta" de los delitos, supresión de la pena de "confiscación absoluta de bienes" y reducción del arbitrio judicial. En *"Historia del Código Penal de 1822"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 266.

⁶⁰ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Se pedía que *"se omitiesen las leyes que no estén en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, obscuridad o variación de costumbre, según la diferencia de tiempo. Que se trate y reflexiones sobre el uso de la cuestión del tormento y que se considere si la pena capital, que se va ya desterrando en algunos países cultos, se pudiera conmutar en otro castigo de duración para que fuese mas permanente y ejemplo"*. En *"El Principio de Legalidad en la Historia Constitucional Española"*. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 148.; LASSO GAITE, JF., El Consejo de Castilla emprendió únicamente los trabajos para la codificación de un Código criminal. En *"Crónica de la Codificación Española V"*. Codificación Penal. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 25.

⁶¹ Vid. ANTÓN ONECA, J., El 1 de noviembre de 1821 se presentó el proyecto de Código Penal. Su principal autor es Calatrava porque así se deduce de los debates donde contesta en nombre de la Comisión a la mayor parte de los oradores. El escritor más citado en los debates es Betham, filósofo inglés que subordina los fines de la pena al de ejemplaridad *"Una pena real que no sea aparente se perderá para el público. El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades impresionantes de que se acompañe la ejecución"*. En *"Historia del Código Penal de 1822"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 269 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *"Derecho Penal Español"* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 96.

⁶² Cfr. ANTÓN ONECA, J., Decretado por las Cortes el 8 de junio y promulgado el 9 de julio de 1822. Una Real Orden publicada en la "Gaceta" del 27 de septiembre, resolvía su entrada en vigor con fecha de

cuanto a estructura y estilo literario, mezcla nuevas ideas punitivas con normas penales persistentes y en el ámbito de la política social, intercala contenidos liberales con otros del catolicismo arraigado y antirreformista. Tiene gran influencia de la Ilustración.⁶³

Su vigencia fue breve, es derogado el 1 de octubre de 1823, por un decreto, que anulaba todos los actos del Gobierno constitucional.⁶⁴

Texto extenso, con 816 artículos, coincidente el título preliminar con el libro primero de los restantes códigos penales españoles, con referencia a temas procesales, de vigencia territorial y personal de las leyes punitivas; los títulos de la parte especial recuerdan, en su distribución, a los códigos posteriores, con matices diferentes.⁶⁵ No se recogen, faltas, pero si lo harán los siguientes códigos, aunque ésta es la opción ya

1 enero de 1923, aunque el Tribunal Supremo lo consideró insuficiente por las dificultades para poner en práctica el Código. La Comisión Codificadora del Cuerpo de Procedimiento propuso la suspensión de la vigencia hasta que se publicara la ley procesal, tiempo suficiente para preparar los establecimientos de castigo y para aplicación de la pena. De esto deduce Alonso que el Código no llegó a ponerse en práctica por los Tribunales. Es el único Código del que constan publicadas sus actas, desde el 23 de noviembre de 1821 hasta el 13 de febrero de 1822. En *"Historia del Código Penal de 1822"*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 274.

⁶³ Vid. PACHEO Y GUTIÉRREZ CALDERON, JF., Cuando este movimiento (Ilustración) nació y creció y se realizó en medio de Europa, nuestra España aunque colocada en sus límites extremos, no pudo dejar de seguirle, ni pudo ser extraña a su influencia. La levadura filosófica fermentó también en su seno. La Ilustración se derramó en sus provincias. Los ministros de nuestros Reyes Borbones auxiliaron y favorecieron la aparición y dilatación de la luz. El Consejo de Castilla consintió que las obras de Beccaria y Filanghieri corriesen en castellano y las defendió frente al Santo Oficio que las amenazaba. Campomanes y Jovellanos, proclamaron la necesidad de las reformas; y las del derecho penal iban comprendidas como otras mil en sus intentos. Lardizábal, otro magistrado, se hacía auxiliar en aquellos inmortales escritores. El mismo Betham pasaba los pirineos desde principios de nuestro siglo, antes de que estallara la revolución en nuestras provincias. En *"El Código Penal Comentado y Concordado"*. Tomo I. Imprenta y Fundición de Manuel Tello. Madrid 1881. Pág. 49.

⁶⁴ Algunos autores han dudado de su verdadera aplicación, entre ellos Alonso Alonso, sin embargo Casabó Ruiz, aporta pruebas irrefutables de la vigencia del mismo. Entre ellos ALONSO ALONSO, JM., En *"De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822"*. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Año II nº 11. Madrid 1946. Pág. 13. Cfr. CASABÓ RUIZ, JR., Aporta resoluciones judiciales que demuestran, que aunque en casos aislados, el texto llegó a aplicarse. En *"La aplicación del Código Penal de 1822"*. Anuario de Derecho Penal Tomo XXXII. 1979. Fascículo 2. 1979. Pág. 337 y ss.

⁶⁵ Código Penal de 1822, cit. Título Preliminar, contiene la Parte General, *"De los delitos y las culpas"* artículos 1 a 187; Parte Primera *"De los delitos contra la sociedad"* Título I *"De los delitos contra la nación"* artículos 188 a 248; Título II *"De los delitos contra la seguridad exterior del Estado"* artículos 249 a 273; Título III *"De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden público"* artículos 274 a 362; Título IV *"De los delitos contra la salud pública"* artículos 363 a 378; Título V *"De los delitos contra la fe pública"* artículos 379 a 450; Título VI *"De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo"* artículos 451 a 526; Título VII *"De los delitos contra las buenas costumbres"* artículos 527 a 572. Título VIII *"De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben"* artículos 573 a 591; Título IX *"De los delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta"* artículos 592 a 604; Parte Segunda *"De los delitos contra los particulares"* Título I *"De los delitos contra las personas"* artículos 605 a 698; Título II *"De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas"* artículos 699 a 722; Título III *"De los delitos contra la propiedad de los particulares"* artículos 723 a 816.

promulgada, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015.⁶⁶ Tiene influencia de Beccaria, de Filangieri, de Bexon, y sobre todo de Jeremías Benthan, y subordina los fines de la pena a la prevención general, como prevención intimidatoria.⁶⁷

El principio de legalidad de delitos y penas se recoge, de manera expresa. Garantía criminal y penal, para delitos, queda reconocido en la expresión “*Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe bajo alguna pena*” (art. 1). Garantía criminal de la culpa garantizada consta expresamente “*Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitarse*”. Garantía criminal, penal e irretroactividad de leyes se contiene “*A ningún delito ni culpa se impondrá otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*” (art. 3).⁶⁸ El artículo 110 obliga a absolver a sujetos por acciones no previstas en la ley “*Si resultase una acción que aunque parezca criminal ó culpable no esté comprendida en ninguna de las disposiciones de éste código, el juez absolverá al que la hubiere cometido, y dará cuenta al Gobierno con sus observaciones, por medio del tribunal supremo de Justicia, para que se haga todo presente a las Cortes.*”⁶⁹

⁶⁶ La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, vuelve a la distribución del primer Código Penal español, suprimiendo las faltas, que pasan a ser sanciones administrativas o delitos menos graves.

⁶⁷ Cfr. BECCARÍA, C., Pero ¿cuáles serán las penas convenientes a estos delitos? La muerte ¿es una pena verdaderamente útil y necesaria para la seguridad y el buen orden de la sociedad? La tortura y los tormentos ¿son justos u obtienen el fin que se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen sobre las costumbres? Estos problemas merecen ser resueltos con aquella precisión geométrica a la que no puedan resistir ni la niebla ni los sofismas ni la seductora elocuencia o la tímida duda. “De los delitos y de las penas” Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Edición española. Biblioteca Aguilar de Iniciación Jurídica. 1969. Pág. 70.; LASSO GAITE, JF., Las ideas revolucionarias de Beccaria aunque en diversos puntos tenían precedentes en nuestros tratadistas, tuvieron favorable acogida y repercusión en España, como acusan las traducciones que se hicieron en 1774 a 1820, al tiempo que se difundían en Francia, Italia y Alemania. En “*Crónica de la Codificación española V*” Codificación Penal. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 52.

⁶⁸ Código Penal de 1822, cit. artículo 1: “*Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe bajo alguna pena. En toda acción libre o voluntaria de la ley se entenderá haber voluntad o malicia, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario*” El artículo 2: “*Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitarse*” El artículo 3 señala “*A ningún delito ni culpa se impondrá otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”.

⁶⁹ Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., En “*Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*”. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época nº 9 2013. Pág. 165.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El Código de 1822 configura las dos caras del *ius puniendi* del Estado. La reserva absoluta de la para delitos y penas cuya aplicación, correspondía en exclusiva a jueces y tribunales y los reglamentos generales y locales que podrían tipificar faltas y sancionarlas con multas. En “*El principio de legalidad penal*” Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004. Pág. 95

Respecto de delitos culposos, se atiende al principio de excepcionalidad o concreción, caso por caso, criterio abandonado por el Código de 1848.

No reconoce la aplicación retroactiva de leyes más favorables para el reo, cuestión que resulta, uno de los apartados jurídicos más interesantes, al dar origen a una serie de controversias hermenéuticas cada vez que se deroga o abroga una ley.

2.4 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1823 Y 1850

2.4.1 ESTATUTO REAL DE 1834

La situación política, en España, previa a la promulgación del Código Penal de 1848, viene marcada por el restablecimiento del absolutismo, aunque desplazado hacia soluciones menos radicales. El fallecimiento de Fernando VII en 1833, proclama heredera al trono a Isabel II. Fueron regentes, durante su minoría de edad, la reina viuda, María Cristina y Espartero. María Cristina (1833-1840) encargó la elaboración de un texto constitucional a Martínez de la Rosa, aconsejada por Javier de Burgos, quedando vinculado el Estatuto Real de 1834 a estos dos hombres.⁷⁰

La regente, necesitada de apoyos para mantener su reinado, promulga el Estatuto Real, con ciertas concesiones al pueblo. El Decreto de promulgación del Estatuto disponía “*se tratan de restablecer, en su fuerza y vigor, las leyes fundamentales de la Monarquía*” convocando la representación del Reino, en el ascenso al Trono de un rey menor.⁷¹ Las elecciones se harán de forma censitaria, sólo para quien tuviera un número

⁷⁰ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 199.

⁷¹ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., Tiene carácter flexible, no ofrece mecanismos de reforma constitucional; su redacción es incompleta, sólo hace referencia al Parlamento y a la relación existente entre éste y la Corona; omite los derechos reconocidos y la confesionalidad del Estado; la soberanía se ejerce de manera conjunta entre el Rey y las Cortes; la división de poderes es flexible y puede existir colaboración entre ellos; el rey convoca y disuelve las Cortes y su veto impide el desarrollo de una ley; las Cortes se dividen en dos Cámaras: Estamento de Próceres y Estamento de Procuradores. Se constitucionaliza el Consejo de Ministros que es responsable ante el Parlamento y sus deliberaciones son públicas. El objetivo con la estructura bicameral de las Cortes, propuesto por Martínez de la Rosa, era acomodar, éstas, a las necesidades de los tiempos modernos, estableciendo en la Segunda Cámara la balanza de una buena constitución política; se frenaba el impulso revolucionario de una sola Cámara popular que se había mostrado inconcebible en las Cortes de Cádiz y se daba un puesto a la nobleza, la Iglesia y la gran propiedad, para servir el propósito de unidad. Historia del constitucionalismo.; El artículo 1 basa la Convocatoria a Cortes en la Novísima Recopilación, evitando la mención a la Constitución de 1812. Las Cortes se asemejan al Parlamento británico, el Estamento de Próceres como Cámara Alta (Cámara de los Lores) y el Estamento de Procuradores o Cámara Baja (Cámara de los Comunes). En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 204.

determinado de ingresos, pero fue la primera elección directa en la historia de España.⁷² No hay referencia a la salvaguarda de derechos individuales de la persona, ni tan siquiera de manera esporádica en algún precepto del texto. Omite cualquier referencia al Derecho Transitorio.

2.4.2 CONSTITUCIÓN DE 1837

La crisis provocada ante la falta de aplicación pacífica del Estatuto Real, como consecuencia de continuos conflictos entre moderados y progresistas, condujo a la elaboración de una nueva constitución.⁷³

En las primeras Cortes del Estatuto, el Estamento de Procuradores, a través del Derecho de petición, planteó 56 peticiones, de entre las que destaca, la “*Tabla de Derechos*”, admitida a discusión. En ella, reclamaban a la Reina que otorgase su sanción a una lista de doce derechos fundamentales: *libertad, propiedad e igualdad ante la ley, libertad de imprenta, libertad de movimientos, inviolabilidad del domicilio, legalidad con garantía criminal y jurisdiccional, seguridad jurídica e irretroactividad de la ley*, entre otros.⁷⁴

⁷² Estatuto Real de 1834. Aranjuez 10 de abril de 1834. Consta de 50 artículos que se distribuyen de 5 Títulos. Título I “*De la convocatoria de las cortes del reino*” artículos 1 y 2; Título II “*Del estamento de próceres del reino*” artículos 3 a 12; Título III “*Del estamento de procuradores del reino*” artículos 13 a 18; Título IV “*De la reunión del estamento de procuradores del reino*” artículos 19 a 25. Título V “*Disposiciones generales*” artículos 26 a 50. En ellos se contiene la convocatoria a Cortes, su reunión la remite a un reglamento, y bajo el epígrafe “disposiciones generales” todo lo que respecta al funcionamiento y competencia de las Cortes, que se dividen en dos Cámaras: El Estamento de los Próceres tiene un carácter mixto, de Cámara hereditaria, era elegido por el rey, allí van los aristócratas, el alto clero y los grandes propietarios, entre otros. El Estamento de los Procuradores es la cámara de representación electiva, compuesta por procuradores electivos, a los que se exige una renta de 12.000 reales, ser mayor de treinta años y arraigo en la provincia que le elija. Su vigencia fue esporádica desde el 10 de abril de 1834 hasta el 12 de agosto de 1836, por la oposición de los liberales más avanzados que reivindicaban el restablecimiento de la constitución de 1812.

⁷³ Cfr. PRO RUIZ, J., En “*III. El Estatuto Real y la Constitución de 1837*”. Colección: Las Constituciones Españolas. Dirigido por Miguel Artola. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid 2010. Pág. 53. Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., En el período entre 1834-1836 se forman los partidos progresista y moderado. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 214.

Promulgada en Palacio el 18 de junio de 1837.

⁷⁴ Tabla de Derechos, cit. artículo 3 “*Ningún español puede ser perseguido, preso, arrestado o separado de su domicilio, sino en los casos previstos en la ley y en la forma que ella prescriba, y reconoce el principio de legalidad.*

Cit. artículo 4 “*La ley no tiene efecto retroactivo y ningún español será juzgado por comisiones, sino por los Tribunales establecidos por ella antes de la perpetración del delito*”, en el que se contiene el principio de irretroactividad y la garantía jurisdiccional del principio de legalidad. Diario de Sesiones de Cortes. Estamento de Procuradores. Legislatura de 1834, núm. 119, 10 de septiembre de 1834.

Convocadas Cortes constituyentes, en octubre de 1836, se designó una comisión, que redactó las bases para adaptar la constitución a la situación política.⁷⁵ Esta reforma dio lugar a una Constitución en consonancia con el espíritu de la época, inspirada en la constitución francesa de 1830 y especialmente en la belga de 1831, que impone la separación entre Corona y Estado. Defiende que la Constitución debe limitarse a proclamar, de forma genérica los derechos y libertades, remitiendo para su regulación a leyes ordinarias.⁷⁶

Promulgada el 18 de junio, extiende su vigencia hasta 1845. Consta de 77 artículos divididos en trece Títulos y dos disposiciones adicionales.⁷⁷ La soberanía nacional aparece en el Preámbulo y por primera vez contiene, una declaración sistemática y homogénea de derechos, como libertad personal, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, garantías penales y procesales, derecho de petición, igualdad, acceso a cargos públicos, garantías del derecho de propiedad y principio de legalidad.⁷⁸

El principio de legalidad, con garantía criminal y penal, seguridad jurídica e irretroactividad se recogen expresamente *“No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en las formas*

⁷⁵ Vid. PRO RUIZ, J., Son cuatro las bases redactadas por la Comisión: la primera propone, la simplificación del texto de 1812, limitando el articulado a los principios fundamentales y de carácter preceptivo; la segunda trata sobre las instituciones del Estado; la tercera sobre la Corona y la cuarta sobre la forma de hacer las leyes y elección de los diputados; El escrito fue remitido por Arguelles a los miembros de la Comisión de reforma constitucional en diciembre de 1836 comunicando los términos en que se habían aprobado las cuatro bases para la reforma. En *“III. El Estatuto Real y la Constitución de 1837”*. Colección: Las Constituciones Españolas. Dirigido por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 85; Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., En *“Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)”*. Ob. Cit. Pág. 214.

⁷⁶ Vid. PRO RUIZ, J., En *“III. El Estatuto Real y la Constitución de 1837”*. Colección: Las Constituciones Españolas. Dirigido por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 83.

⁷⁷ Constitución española de 1837, cit. Título I *“De los españoles”* artículos 1 a 11; Título II *“De las Cortes”* artículos 12 y 13; Título III *“Del senado”* artículos 14 a 20; Título IV *“Del congreso de los diputados”* artículos 21 a 25; Título V *“De la celebración y facultades de las Cortes”* artículos 26 a 43; Título VI *“Del Rey”* artículos 48 y 49; Título VII *“De la sucesión de la corona”* artículos 50 a 55; Título VIII *“De la menor edad del Rey y de la regencia”* artículos 56 a 60; Título IX *“De los ministros”* artículo 61 y 62; Título X *“Del Poder Judicial”* artículos 63 a 68; Título XI *“De las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos”* artículos 69 a 71; Título XII *“De las contribuciones”* artículos 72 a 75; Título XIII *“De la fuerza militar nacional”* artículos 76 y 76”.

⁷⁸ Es progresista, tiene carácter conciliatorio y origen popular. La nación decide, la Constitución que regirá la vida política y el rey acepta voluntariamente. Las Cortes son bicamerales, se componen de senadores y diputados. La soberanía nacional aparece en el Preámbulo y por primera vez queda recogida, una declaración sistemática y homogénea de derechos, como la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, garantías penales y procesales, derecho de petición, igualdad, acceso a los cargos públicos, garantías del derecho de propiedad y principio de legalidad. Los Senadores serán elegidos por el rey ante una propuesta triple de los electores, entre los mayores de 40 años y con fortuna específica, por un período limitado. Los miembros del Congreso deben ser elegidos de manera censitaria, en proporción a una cifra de población, pero los electores deben tener unas mínimas garantías para ejercer el voto. El rey conserva el poder ejecutivo, el veto absoluto de las leyes y la disolución de las cámaras.

que las leyes prescriban” (art. 7); “Ningún español puede ser procesado ni sentenciado, sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban” (art. 9). También, se reserva a Tribunales la aplicación de leyes criminales o garantía jurisdiccional y de ejecución, “A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” (art. 63).

La unidad de códigos y de fueros para todos los españoles queda recogido, de manera expresa (art. 4). Prevé la instauración del juicio por jurados para toda clase de delitos, conforme establezcan las leyes, en el artículo adicional primero y omite la aplicación de la presente constitución a las provincias de ultramar, que serán regidas por leyes especiales en el adicional segundo.⁷⁹ Una ausencia relevante en este texto constitucional es el mandato del artículo 261 de la Constitución de Cádiz que obliga a los Tribunales a presentar las dudas que tuvieran sobre *“la inteligencia de alguna ley”* para instar la *“conveniente declaración de las Cortes”*⁸⁰

2.4.3 CONSTITUCIÓN DE 1845

En 1840 abdica María Cristina y Espartero asume la regencia. Desempeñó su cargo en un ambiente violento, hasta 1843, cuando el alzamiento, en el que participan la mayoría de partidos políticos, logra su expatriación. Se suceden varios gobiernos efímeros, hasta que Narváez, en mayo de 1844 conduce a España, desde su ministerio de justicia, hacia la llamada *década moderada*, redactando la Constitución de 1845.⁸¹

Conserva la estructura constitucional de 1837 y se divide en trece títulos donde quedan repartidos 80 artículos que refunden la mayor parte de los 77 artículos del texto

⁷⁹ Primer texto constitucional español, donde aparece Disposición Adicional.

⁸⁰ Vid. RUIZ ROBLEDÓ, A., Probablemente, la experiencia de otros Estados liberales europeos y el discurso de Lardizabal, convenció a los constituyentes de lo impracticable que era prohibir a los Tribunales la interpretación de las leyes. En *“El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva”*. Ob. Cit. Pág. 84 y ss.

⁸¹ Promulgada el 23 de mayo de 1845, estuvo vigente hasta 1869. Supone el rechazo de la soberanía nacional, que es sustituida por la soberanía conjunta del Rey y las Cortes; amplía los poderes del ejecutivo y disminuye las atribuciones de las Cortes; concede exclusividad a la religión católica y compromiso de mantenimiento del culto y del clero; se someten a la Administración Central, los ayuntamientos y diputaciones; mantiene gran parte del articulado de la Constitución de 1837, sobre todo en la declaración de derechos, pero remite su regulación a leyes posteriores que fueron muy restrictivas con las libertades; confiere amplias atribuciones a la Corona, como la facultad de nombrar ministros, disolver las Cortes y nombrar el Senado.

anterior. El preámbulo suprime la referencia a la soberanía nacional y establece dos instituciones, Monarquía y Cortes, cediendo la soberanía nacional en favor de la Corona.⁸²

Contempla el principio de legalidad, garantía criminal, seguridad jurídica e irretroactividad en los artículos 7 y 9 con una redacción exacta al recogido en su predecesora. La garantía jurisdiccional se reconoce en el artículo 66, coincidiendo con el 63 de texto constitucional previo. Bajo su vigencia es aprobado el Código Penal de 1848.⁸³

A diferencia, de la constitución del 37, atribuye al Senado la capacidad de juzgar a sus miembros, ministros y autores de delitos graves contra la persona o dignidad del Rey o contra la seguridad del Estado, conforme lo establecen las leyes, en el artículo 19.⁸⁴

SÁNCHEZ AGESTA explica que este texto fue el que mejor expresó el equilibrio social y político de mediados de siglo, con un carácter marcadamente progresista. Hasta cuatro intentos hubo de reforma de la presente Constitución, siendo el más importante, la Constitución nonata de 1856.⁸⁵

⁸² Constitución española de 1845, cit. Título I “*De los españoles*” artículos 1 a 11; Título II “*De las Cortes*” artículos 12 y 13; Título III, “*Del Senado*” se vincula a la Corona, siendo nombrados por el Rey, con un número ilimitado de senadores, que se equipara en facultades al Congreso, artículos 14 a 19; Título IV “*Del Congreso de los Diputados*”, artículos 20 a 25 experimentan algunas modificaciones en cuanto a la elección e los diputados a través de las Juntas electorales. Título V “*De la celebración y facultades de las Cortes*” artículos 26 a 41; Título VI “*Del Rey*” artículos 42 a 48, sufren una profunda reforma, suprimiendo varias limitaciones por las que se exige al Rey una autorización por ley especial para realizar ciertos actos; Título VII “*De la sucesión de la corona*” artículos 49 a 55; Título VIII, “*De la menor de edad y de la regencia*” artículos 56 a 63; Título IX “*De los Ministros*” artículos 64 y 65; Título X “*De la Administración de Justicia*” artículos 66 a 71, sólo cambia el epígrafe de “Poder Judicial” a “Administración de Justicia”; Título XI, “*De las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos*” artículos 72 a 74, introduce la figura del Alcalde y los Delegados del Gobierno; Título XII “*De las Contribuciones*” artículos 75 a 78, no sufre reforma; Título XIII, “*De la Fuerza Militar*” artículo 79, suprime el artículo 77, para establecer cuerpos de milicia en cada provincia. Se añade un artículo adicional el 80, que se corresponde con el artículo adicional de la Constitución de 1837, en relación a las leyes especiales que han de regir en las provincias de Ultramar.

⁸³ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J/ RODRÍGUEZ RAMOS, L/ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., En 1840, acceden al poder los liberales moderados, que promulgan la constitución de 1845, diseñando un nuevo modelo de Estado. Durante este período se promulgan el Código Penal de 1848 y la reforma que dio lugar al código penal de 1850, siendo éste último más radical, en la conciencia del poder, la protección de la sociedad y del Estado. Es un texto liberal y autoritario, basada en la responsabilidad por el resultado. Políticamente había fenecido el Estado Absoluto y con él la arbitrariedad del Derecho Penal. En “*Códigos Penales Españoles de 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias*”. Ob. Cit. Pág. 189.

⁸⁴ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Se abrió una pequeña brecha en la separación de poderes y en el monopolio juzgador de los Tribunales. En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 155.

⁸⁵ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., Izturiz, Posada Herrera y Pastor Díaz, señalan que las consecuencias del mero propósito que una reforma constitucional entrañaba, eran inestabilidad, menosprecio de la ley constitucional y discusión permanente de las instituciones fundamentales, porque cada partido al ocupar

2.4.5 CÓDIGO PENAL DE 1848

Derrocada la regencia de Espartero, se constituyó un Gobierno presidido por Joaquín María López, que nombró una Comisión de Códigos, en agosto de 1843, presidida por Manuel Cortina.

Frente a la idea generalizada de los penalistas del siglo XIX que atribuían a Pacheco la parte principal en la redacción del presente Código Penal, Lasso Gaité, Antón Oneca, Tomás y Valiente, Rodríguez Devesa, López Rey y Candil Jiménez, entre otros, señalan a Seijas Lozano, como precursor de la codificación en España, logrando con su actuación política y legislativa suplir las piezas del Antiguo Régimen y como el autor del Código Penal de 1848.⁸⁶ Esta actuación ha quedado patente a través de las actas de las sesiones del Congreso.⁸⁷

el poder querrá hacer una Constitución a la medida de su aspiraciones. Diario de Sesiones, 30 de octubre de 1844. En *“Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)”*. Ob. Cit. Pág. 231 y 243.

⁸⁶ Cfr. LASSO GAITE, JF., En *“Crónica de la Codificación Española V”*. Codificación Penal. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 258 y ss.; ANTÓN ONECA, J., Esta nueva aportación científica ha sido calificada por la doctrina *“como uno de los acontecimientos más sensacionales de los últimos años*. Pacheco alcanzó mucho prestigio, como consecuencia de la publicación de cinco ediciones de sus Estudios de Derecho Penal y seis ediciones de El Código Penal concordado y comentado. Las Lecciones de Pacheco combatiendo el utilitarismo y defendiendo en su lugar un fundamento moral, crearon el ambiente de la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, que cristalizó en el Código Penal de 1848, aunque conserva parte del utilitarismo. En *“El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo III. Madrid 1965. Pág. 491 y ss.; TOMAS Y VALIENTE, F., Cortina encargó a Manuel Seijas Lozano un proyecto que sirviera de base para ulteriores discusiones. En *“Manual de Historia del Derecho Español”* Editorial Tecnos. Cuarta Edición, 4ª reimpresión. Madrid 1990. Pág. 498 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Califica la autoría de Seijas Lozano como uno de los descubrimientos más sensacionales de los últimos años verificado por Anton Oneca. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 101. LÓPEZ REY Y ARROJO, M., En *“Criterios y perspectivas de la Codificación Penal”*. Separata de Estudios Penales y Criminológicos III. Universidad de Santiago de Compostela. 1979. Pág. 134.; CANDIL JIMÉNEZ, F., En *“Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXVIII, Fascículo/mes 3. 1975. Pág. 405 y ss.

⁸⁷ Vid. CANDIL JIMÉNEZ, F., En la primera sesión de la Comisión de 2 de octubre de 1848 comienza el acta: El Sr. Seijas Lozano, como encargada de la redacción de este Código, tomó la palabra para manifestar los principios que le iban a servir de base para desarrollar la misma. En *“Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en el Código Penal de 1848”* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXVIII, Fascículo/mes 3. Ob. Cit. Pág. 411.; ANTÓN ONECA, J., También en el acta de la sesión de 10 de marzo de 1848 se lee: *“Yo señores, tuve la honra de ser nombrado para redactar el proyecto de Código Penal por un acuerdo provocado por el señor Cortina en la Comisión, presenté las bases a la Comisión misma en las cuales debía fundar el Código que iba a formular, estas bases fueron discutidas y aceptadas en un pequeño círculo de personas las más competentes...”* (Diario de Sesiones del Congreso III, Sesión de 10.III.1848 Pág. 1714). En *“El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 3. Ob. Cit. Pág. 483.

Estuvo precedido por los proyectos de 1830, 1831, 1834 y 1841 e inspirado en el Código Penal de 1822, Código francés de 1810, Código brasileño de 1830, y Código napolitano de 1819. Será en 1843 cuando se inicie la elaboración del Código de 1848.⁸⁸

Ha sido calificado por la doctrina de liberal-moderado; liberal, en cuanto acaba con el arbitrio judicial y defiende los derechos individuales, mientras que resulta moderado por la dureza de los delitos contra la iglesia católica o contra el Estado.⁸⁹ Concilia ideas de retribución y prevención general para las penas. Realiza una clasificación tripartita de infracciones en delitos graves, menos graves y faltas.⁹⁰

La derogación del Código Penal de 1822 prolongó, hasta la promulgación del Código Penal de 1848, la legislación penal vigente del Antiguo Régimen contenida en Novísima Recopilación, Fueros y Siete Partidas.⁹¹ Su elaboración fue distinta al Código

⁸⁸ ANTÓN ONECA, J., El Decreto de abril de 1829 ordena la formación de una Junta compuesta por tres magistrados y un secretario, que fue Sainz de Andino, para la redacción de un Código criminal. Se alega falta de orden, conexión y unidad de la masa del sistema legal que contiene una vaga alusión a principios de justicia universal y a garantías que se deben a la inocencia y seguridad de las personas. El proyecto se presentó el 7 de mayo de 1830, manifestando que sería conveniente someterlo a una revisión más detenida. La revisión se devolvió a Sainz de Andino, y dio lugar al proyecto de ese mismo nombre, que no fue aceptado por la Comisión en 1831. Un proyecto más conciso se presentó a las Cortes en 1834 pero no llegó a discutirse. El restablecimiento de la Constitución de 1812 en 1836, plantea la posibilidad de restablecer el Código de 1822, pero la Comisión nombrada elaboró un proyecto rechazado en 1841, tras la opinión desfavorable del Tribunal Supremo. En 1843 se crea la Comisión general de Códigos, para el cumplimiento de su artículo 258 que ordenaba la unidad de códigos para la Monarquía. En *“El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo 3. Ob. Cit. Pág. 473 y ss.; Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”* PG Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 99 y ss.

⁸⁹ Vid. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERON, JF., *“El hacedor de las leyes debe hablar poco y bien; et non debe dar iuizio dubdoso mas lanoe abierto que todo lo que saliese de la ley que lo entiendan luego todos los que lo oyeren e que lo sepan sin toda duda e sin nenguna gravedumbrer (partida 6 títu I, libro I)”* En *“El Código Penal Comentado y Concordado”*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 31.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J/RODRÍGUEZ RAMOS, L/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., Destaca la previsión en el artículo 123 de una indemnización estatal para las víctimas en casos de insolvencia del reo, aspecto de inspiración progresista, mientras choca con influencias de las tradiciones españolas, procedentes del Fuero Juzgo y las Partidas. En *“Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1870-1928-1944, recopilación y concordancias”*. Ob. Cit. Pág. 190.

⁹⁰ Vid. ANTÓN ONECA, J., *“Está más depurado de supervivencias, y compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de mejor estilo, sin olvidar que los principios impregnados en sus preceptos son la retribución y la defensa, entendida ésta como intimidación general, a lo que añade, como la más importante de entre todas las críticas, la de las normas para aplicar las penas, conocidas por su dificultad como “aritmética penal; no obstante, su finalidad era combatir el régimen de arbitrio judicial anteriormente imperante”*. En *“El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo III. Ob. Cit. Pág. 489

⁹¹ Séptima Partida: *Y en la setenta Partida de todas las acusaciones y los males y las enemigas que los hombres hacen de muchas maneras y de las penas y de los escarmientos que merecen por razón de ellos. Posee 34 títulos y 363 leyes. Dedicada ésta al derecho penal y procesal penal. La finalidad de la pena es la retribución y la prevención general. (7.31.1 y 7.31.4). Vid. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERON, JF., En la necia y universal reacción de 1823 estaba escrito, que quedase ahogada aquella obra de la inteligencia. Parecía mejor, sin duda a los vencedores el contexto de las partidas y la edificante humanidad de las pragmáticas de Felipe V. En *“El Código Penal Comentado y Concordado”*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 54.*

de 1822, pues mientras éste fue “*decretado por las Cortes*” partiendo de un proyecto elaborado por la comisión del órgano legislativo, el de 1848 partió del poder ejecutivo, que monopolizó su elaboración y aprobación.⁹² Fue promulgado el 19 de marzo de 1848 y entró en vigor el 1 de julio del mismo año.⁹³ Ha resultado la base de los códigos penales españoles posteriores, y su estructura se ha mantenido idéntica hasta el Código de 1944, incluso sigue siendo pilar del Código de 1995, a pesar de las innumerables reformas experimentadas.⁹⁴

Cuenta con 494 artículos, divididos en tres libros: disposiciones generales sobre delitos y faltas, delitos y penas, y faltas.⁹⁵ Es la primera vez que un código penal español, realiza la distinción bipartita de delitos.⁹⁶

⁹² Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Este nuevo Código contenía un artículo (art. 19) que evaporaba una de las garantías del principio de legalidad, la garantía penal, la reserva de Ley para fijar las penas. Además el hecho de que el Gobierno elaborase material y formalmente el Código Penal, contradecía por completo la construcción teórica del principio de legalidad, que concebía la reserva de Ley como reserva del Parlamento. En “*El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva*” Ob. Cit. Pág. 88 y ss.

⁹³ Cfr. RUIZ ROBLEDO, A., La Comisión General de Codificación, se dividió en cuatro secciones (civil, penal, procesal civil y procesal criminal). La penal, fue encargada a Seijás Lozano, y no siguió el proyecto, en materia de penas. El proyecto se remitió al Gobierno en diciembre de 1845, sin embargo hasta febrero de 1847 no se presentó al Senado. Se aprobó, una Ley por la que se autorizaba al Gobierno para hacer cualquier reforma si fuera urgente (Artículo 3 de la Ley 19 de marzo de 1848). En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 156. De la misma opinión ANTON ONECA J., En “*El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo III. Ob. Cit. Pág. 482 y ss.

⁹⁴ Vid. RUIZ ROBLEDO, A. Los especialistas en Derecho Penal suelen resaltar que es un código muy técnico, tanto que su estructura ha pasado a todos los posteriores, que comparado con el de 1822 es más severo, si bien volvía a consagrar en términos indubitados el principio de legalidad penal (artículos 1, 2, 19 y 87). Revela un especial rigor punitivo en materias concernientes a la defensa de la religión, del propio poder y de las bases socioeconómicas. En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 156 y ss.; TOMÁS y VALIENTE, F., Es un texto técnicamente muy correcto, cuya estructura se ha respetado en los posteriores Códigos españoles hasta la actualidad y en muchos preceptos revela la rigurosa severidad de un Estado liberal moderado, que lo utiliza como instrumento eficaz para defender el orden establecido. En “*Manual de Historia del Derecho Español*” Ob. Cit. Pág. 500.

⁹⁵ Código Penal de 1848, cit. Libro I “Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”, contiene los artículos 1 a 127 que se dividen en VI Títulos, siendo la parte general; Título I, “*De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan*” artículos 1 a 10. Título II “*De las personas responsables de los delitos y las penas*”, contiene los artículos 11 a 18. Título III, “*De las Penas*”, compuesto por los artículos 19 a 114. Título IV “*De las responsabilidad Civil*” artículos 115 a 123. Título V. “*De las Personas que incurren en quebrantamiento de sentencia y los que durante una condena delinquen de nuevo*” artículos 124 y 125. Título VI “*De la prescripción de las penas*” artículos 126 y 127. El libro segundo “De los delitos y sus penas” contiene los artículos 128 a 469 distribuidos en XV títulos dedicado a los delitos, es la parte especial; Título I “*Delitos contra la religión*” artículos 128 a 138; Título II, “*Delitos contra la seguridad exterior del Estado*” artículos 139 a 159. Título III “*Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público*” artículos 160 a 206; Título IV “*De las falsedades*” artículos 207 a 245; Título V “*Delitos contra la Salud Pública*” artículos 246 a 250; Título VI “*De la vagancia mendicidad*” artículos 251 a 259; Título VII “*De los juegos y rifas*” artículos 260 y 261. Título VIII “*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo*” artículos 262 a 322; Título IX “*Delitos contra las personas*” artículos 323 a 348; Título X “*Delitos contra la honestidad*”, artículos 349 a 364; Título XI “*Delitos contra el honor*” artículos 365 a 381; Título XII, “*De los delitos contra el estado civil de las personas*”,

Uno de los problemas que planteaba su entrada en vigor, era la falta de establecimientos penitenciarios adecuados, para el cumplimiento de penas, dado el estado de los presidios en España.⁹⁷

La definición de delito y principio de legalidad se reconocen “*Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada por ley*” (art.1). Garantía criminal e irretroactividad de los delitos y faltas, constan en el texto “*No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas*” (art. 2).⁹⁸ Reserva penal, garantía jurisdiccional, e irretroactividad de las penas aparecen en el artículo 19 “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad a su perpetración*”.⁹⁹ Garantía de ejecución de las penas, se reconoce en la expresión “*Tampoco puede ser ejecutada pena alguna, en otra forma, que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto*” (art. 87).

El principio de retroactividad, consta de manera expresa “*Siempre que la ley modere la pena señalada a un delito o falta y se publicara aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecución contra reos del mismo delito o falta,*

artículos 382 a 394; Título XIV “*De los delitos contra la libertad y seguridad*” artículos 395 a 414; Título XIV “*Delitos contra la propiedad*” artículos 415 a 468; Título XV “*De la imprudencia temeraria*” artículo 469; El libro tercero “*De las faltas*” contiene III Títulos y I Disposición Final; Título I “*De las faltas graves*” artículos 470 a 479; Título II “*De las faltas menos graves*” artículos 480 a 487; Título III “*Disposiciones comunes a las faltas*” artículos 488 a 493; Disposición Final, artículo 494. Disposición Transitoria, con 5 apartados para el cumplimiento de las penas mientras no se creasen los establecimientos penitenciarios.

Sancionado el 19 de marzo de 1848.

⁹⁶ Código Penal de 1848, cit. artículo 6: “*Se reputan delitos graves, los que la ley castiga con penas afflictivas. Se reputan delitos menos graves, los que la ley castiga con penas correccionales. Son faltas las infracciones a que la ley señala con penas leves.*”

⁹⁷ Cfr. INIESTA PASTOR, E., Esa carencia, en opinión de algunos diputados, convertía las disposiciones de las penas y el propio código en estériles e impracticables. La novedad que el Código Penal suponía respecto a la legislación y a la jurisprudencia existente en el momento de su aprobación, hizo necesario que el código se acompañara de una ley provisional destinada a favorecer su aplicación. Ley necesaria para su entrada en vigor, en la medida en que no se disponía de un código de procedimientos, ni de una ley organizadora de los tribunales. La ley provisional que acompañaba al código de 1848 fue valorada en general de forma muy positiva al posibilitar medios a los jueces y magistrados para su aplicación. En “*El Código Penal Español de 1848*” Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2011. Pág. 702 y ss.

⁹⁸ Código Penal de 1848, cit. artículo 2: “*En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y no se halle penado por ley se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal*”. Este artículo obliga a los Tribunales a presentar las dudas que tuvieran sobre la inteligencia de alguna ley para que se instara la consecuente declaración de las Cortes. La experiencia de otros Estados liberales europeos convenció a los constituyentes de lo impracticable que era prohibir a los tribunales la interpretación de las leyes. En este sentido se pronuncia RUIZ ROBLEDO, A., Se introduce por primera vez esta segunda parte en un texto penal español ya que el anterior (CP de 1822) había omitido este mandato que constaba en el artículo 261 de la Constitución de 1812. En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 155;

⁹⁹ Consecuencia del principio consignado en la Constitución de 1845, en artículo 9, “*las leyes no podrán tener efecto retroactivo*”.

disfrutarán estos del beneficio de la Ley” (art. 20). Prescinde el texto, por sentimiento de humanidad, del principio general de no retroacción. El beneficio de la ley sólo aprovechará cuando ésta se hubiese publicado, antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos de un mismo delito o falta.¹⁰⁰ De la redacción del artículo 20, se deduce que no cabe retroactividad de supuestos en que el condenado estuviese cumpliendo ya la pena impuesta.¹⁰¹

2.4.5 REFORMA DE CÓDIGO PENAL DE 1850

Isabel II, ocupa el trono de España, Ramón María Narváez es presidente de Gobierno y Lorenzo Arrazola ministro de justicia, durante las labores de transformación del Código Penal. Las críticas a la tramitación del Código de 1848 se centran en dos aspectos: la presentación del proyecto de ley de autorización, impedía a las Cámaras el debate sobre el articulado y no haber consultado, antes de elaborar el texto, con las Universidades, Tribunales y otros especialistas. Ésta última deficiencia fue subsanada y se envió, antes de entrar en vigor, tras informes a Tribunales, Academias y Colegios de Abogados para formular observaciones.¹⁰² Fue sucesiva e inmediatamente reformado tras su promulgación. La reforma, se presentó a las Cortes sin que éstas lo votasen.¹⁰³

¹⁰⁰ Con la redacción del principio de retroactividad en éste Código, si son dos o más reos y la sentencia fuese ejecutada respecto de unos, pero de otros no, por haber estado ausentes, no gozarán estos tampoco del beneficio de la ley porque sería injusto que por un mismo delito sufrieren unos más pena que otros

¹⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Respetando la “*santidad de la cosa juzgada*” al estilo francés. En “*Derecho Penal Español*” PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág.101.

¹⁰² Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ MM., En primer lugar, la presentación del proyecto de ley de autorización impedía a las Cámaras el debate sobre el articulado, y en segundo lugar, que no se hubiese consultado antes de la elaboración del texto con las Universidades, Tribunales y otros especialistas en la materia. Pero esta última deficiencia fue subsanada ya que por R. O. de 27 de abril de 1848 se envió el Código, antes de la entrada en vigor de la ley, a los Regentes de las Audiencias y se solicitó la formulación de observaciones. En numerosas intervenciones de los debates parlamentarios, como la del conde de Fabraquer en el Congreso el 10 de marzo de 1848, se arguyó que quizá hubiese sido mejor y más necesario proceder a una reglamentación del Código civil, antes que penal. Ya antes de la entrada en vigor de la ley se realizaron frecuentes consultas de las distintas Audiencias, como la de Albacete, así como a personalidades como alcaldes y jueces. En “*La Codificación Penal en España: Los Códigos penales de 1848 y 1850*” Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Pág. 75 y ss.; MONTERDE GARCIA, JC., Con esta medida el ejecutivo proponía corregir los errores en el plazo de 3 años. En “*Incidencias en la trayectoria de la Comisión General Penal de Codificación (1858-1863). La actuación del ministro Fernández Negrete y sus consecuencias*”. Anuario de la Facultad de Derecho. Volumen XXVI. 2008. Pág. 205.

¹⁰³ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA JM/SERRANO GÓMEZ, A., El Real Decreto de 19 de marzo de 1848, que acompañaba el texto, autorizaba al gobierno su modificación y facilitó la redacción de la “*Edición oficial reformada*” promulgada por Real Decreto de 30 de junio de 1850 y vigente hasta su modificación en 1870. El artículo 3 establecía: “El gobierno hará por sí cualquier reforma, si fuera urgente, dando cuenta a las Cortes, tan pronto como fuera posible”. Con esta base se dieron varios decretos que

Por Real Decreto de 30 de junio de 1850, se publica la edición reformada del texto de 1848, en la que se modificaron más de 90 artículos. Es más extenso que su predecesor, contiene 506 artículos y una Disposición Transitoria, en la que constan reglas para el cumplimiento de condena, antes de crear establecimientos penitenciarios necesarios.¹⁰⁴

La reforma, se realizó contra la clásica construcción teórica del principio de legalidad, que concebía la reserva de ley como reserva del Parlamento, sin posibilidad de delegación de la potestad legislativa en el ejecutivo.¹⁰⁵

Castiga la conspiración y proposición para delinquir en todos los delitos, introduce dos nuevos supuestos, atentados contra la autoridad y desacato, incorpora el

modificaron artículos del Código. Entre ellos, el de 1 de julio, 30 de octubre y 21 y 22 de noviembre de 1848; 30 de mayo, 2 y 5 de julio y 28 de noviembre de 1849. En *“Derecho Penal Español”* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 103.

¹⁰⁴ La Reforma del Código Penal de 1850 contiene 506 artículos, siendo el último el coincidente con la disposición final. La división del código es la misma que la de su predecesor: El Libro I “Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”, artículos 1 a 137 repartidos en VI Títulos que se corresponde con la parte general; Título I, “*De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan*” artículos 1 a 10; Título II “*De las personas responsables de los delitos y las penas*”, contiene los artículos 11 a 18; Título III, “*De las Penas*”, artículos 19 a 114; Título IV “*De las responsabilidades Civiles*” artículos 115 a 123; Título V. “*De las Personas que incurrir en quebrantamiento de sentencia y los que durante una condena delinquen de nuevo*” artículos 124 y 125; Título VI “*De la prescripción de las penas*” artículo 126 y 127. El libro segundo “De los delitos y sus penas” contiene XV títulos artículos 128 a 469, dedicándose a los delitos, siendo la parte especial; Título I “*Delitos contra la religión*” artículos 128 a 138. Título II, “*Delitos contra la seguridad exterior del Estado*” artículos 139 a 159; Título III “*Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público*” artículos 160 a 212, Título IV “*De las falsedades*” artículos 213 a 252; Título V “*Delitos contra la Salud Pública*” artículos 253 a 257. Título VI “*De la vagancia y mendicidad*” artículos 258 a 266. Título VII “*De los juegos y rifas*” artículos 266 y 267; Título VIII “*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo*” artículos 269 a 331; Título IX “*Delitos contra las personas*” artículos 332 a 357; Título X “*Delitos contra la honestidad*”, artículos 358 a 374; Título XI “*Delitos contra el honor*” artículos 375 a 391; Título XII, “*De los delitos contra el estado civil de las personas*”, artículos 392 a 404; Título XIV “*De los delitos contra la libertad y seguridad*” artículos 405 a 424; Título XIV “*Delitos contra la propiedad*” artículos 425 a 479; Título XV “*De la imprudencia temeraria*” artículo 480; El libro tercero “De las faltas” con dos títulos y una disposición final, contiene los artículos 481 a 505. El Título I artículos 481 a 499; Título II “*Disposiciones comunes a las faltas*” artículos 500 a 505; Disposición Final, artículo 506 y Disposición Transitoria con 6 apartados para el cumplimiento de las penas mientras no se creen los establecimientos penitenciarios necesarios. (Es la primera vez que se introducen las Disposiciones Transitorias en un Código Penal, en nuestra historia codificadora). En este sentido se pronuncia ANTÓN ONECA, J., Fue una reforma muy extensa. El artículo 7 del CP de 1848 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código (los militares, los de imprenta, los de contrabando, los cometidos en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia. Sin embargo el CP de 1850 agregó “*Y las demás que estuvieran penadas por leyes especiales*” En “*El Código Penal de 1870*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXIII. Fascículo II Madrid 1970. Pág. 231.

¹⁰⁵ Vid. RUIZ ROBLEDÓ, A., La delegación legislativa en el ejecutivo no estaba prevista en la Constitución de 1845, de manera que el principio de legalidad quedaba reducido a una reserva de norma escrita, a una exclusión del derecho consuetudinario de las fuentes del derecho penal. En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 157.

delito de escándalo público y el delito de tenencia, fabricación y expendición de instrumentos de robo.¹⁰⁶

El principio de legalidad del delito está reconocido en el texto que introduce la posibilidad de que *el Tribunal acuda al Gobierno por entender que la pena impuesta conforme al Código, resulta excesiva*. Esta situación da paso a la individualización de las penas y abre camino para humanizar los rigores del caso concreto (art. 2)¹⁰⁷

Prescinde del principio de legalidad de las penas, caso único en la Codificación española, que denota un aspecto más radical, al eliminar la reserva de ley para fijar penas, en favor de la Administración. Reconoce la garantía jurisdiccional “*No será castigado ningún delito, ni las faltas de que sólo pueden conocer los Tribunales con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza o mandato de Autoridad a la cual estuviere concedida esta facultad*” (art. 19).

El principio de retroactividad de leyes favorables en el artículo 20, sigue la línea de su predecesor.¹⁰⁸ Los delitos cometidos, antes de la sanción del Código sobre los cuales hubiere de recaer fallo ejecutorio, después de publicado el mismo, han de ser juzgados con arreglo a sus disposiciones, siempre que las penas que se imponen sean más benignas que las antiguas. Exige publicación de la ley antes de dictarse sentencia, para evitar que las sentencias en ejecución gocen del beneficio de la ley posterior, dejando clara la aplicación retroactiva, exclusivamente, a procedimientos pendientes de sentencia.

¹⁰⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J., Supuso, una mejora en determinados delitos, como fue excluir de la pena de argolla a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los condenados a muerte. En “*El Código Penal de 1870*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 232.

¹⁰⁷ Dispone el artículo 2 de la reforma de 1850: “*No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas. En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y no se halle penado por ley se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego, la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño caudado por el delito*”.

¹⁰⁸ Reforma del Código Penal de 1850, cit. artículo 20 “*Siempre que la ley modere la pena señalada a un delito o falta y se publicara aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecución contra reos del mismo delito o falta, disfrutaran estos del beneficio de la Ley.*”

2.5 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1851 Y 1875

2.5.1 CONSTITUCIÓN NONATA DE 1856

Aprobada por Cortes constituyentes (1854-1856), es el documento más importante de los muchos proyectos de reforma, vigente la Constitución de 1845 y hasta la de 1869. Texto constitucional completo, sigue la línea de constituciones anteriores. Añade dos títulos más, uno sobre las provincias de ultramar y otro sobre reforma constitucional.¹⁰⁹ Contiene 92 artículos y uno Transitorio, que pone fecha límite para promulgar todos los Códigos, (1 de enero de 1858), y en caso de no lograr dicha misión, se publicará una ley con el objetivo de dar cumplimiento a la unidad de Códigos.¹¹⁰

La garantía criminal “*No puede ser detenido ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban*” aparece en el art. 8. Proclama la legalidad de leyes, penas y garantía de jurisdicción, así como el principio de irretroactividad de leyes “*Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban*” (art. 10).¹¹¹ La garantía de ejecución “*A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado*” se reconoce en el art. 67.

La inestabilidad política evitó su entrada en vigor, motivada por el abandono de Espartero, que sublevó la Milicia madrileña y con su derrota se desvaneció la idea de una nueva constitución, elaborada por Cortes. Se restablece, la Constitución de 1845.¹¹²

¹⁰⁹ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., Los progresistas, en el poder, estampan sus dogmas: soberanía nacional, prensa sujeta al juicio de jurados, milicia, tolerancia de opiniones o creencias religiosas, alcaldes electivos, diputados elegidos por provincias, senado de elección popular, limitaciones de la Corona, autonomía y sustantividad de Cortes que se renuevan cada tres años. Aporta, un concepto de gobierno parlamentario basado en la supremacía de las Cortes como representantes de la soberanía nacional. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 247.

¹¹⁰ Constitución nonata de 1856, cit. artículo 5 “*Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales*”.

¹¹¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., La formula que aparece, por vez primera en esta Constitución “*Ningún español*” permanecerá hasta 1931, en que es sustituida por “*Nadie*”. El mayor defecto es el término español para identificar a los sujetos beneficiarios de la norma, lo que hace pensar que dicha garantía no es aplicable a los sujetos extranjeros, cuestión que no parece compatible con la naturaleza de los derechos fundamentales reconocidos para todos, frente a las libertades públicas, que en muchos países, durante este siglo eran reservadas a sus ciudadanos. En “*Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 249.

¹¹² Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 252.

2.5.2 CONSTITUCIÓN DE 1869

La reina, Isabel II, bajo cuyo reinado se habían promulgado el código de 1848 y su reforma de 1850, se refugia en Francia, ante los aires revolucionarios de septiembre de 1868. Las innumerables revueltas político-sociales, hasta legar Alfonso XII al trono español, hacen de España un país con una estructura política vulnerable.¹¹³ La proclamación del nuevo Rey (1874-1885) produjo la adhesión de importantes jefes del ejército y consecuentemente se derroca la República.¹¹⁴

El 6 de junio se promulga la constitución, bajo Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal masculino para mayores de 25 años. Será la última de carácter progresista y liberal en mucho tiempo, con semejanzas a la de 1812.

Consta de 112 artículos y dos Disposiciones Transitorias. El Título I contiene 31 artículos que detallan derechos, prescriben minuciosamente sus garantías y establecen limitaciones compatibles con el orden público en circunstancias ordinarias y extraordinarias; proclama, la Monarquía democrática, como forma de gobierno del Estado Español, construida sobre la soberanía nacional como poder constituido (art. 33); el rey sanciona las leyes.¹¹⁵

¹¹³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J/RODRÍGUEZ RAMOS L/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., Consecuencia de la “*la gloriosa*”, donde encontraron el mito de sus aspiraciones, progresistas, demócratas y moderados, en un ideal, la hostilidad hacia la reina, hizo difícil mantener la unidad política debido a la variada y heterogénea mezcla de ideales políticos. El fallecimiento de Prim, promotor del ascenso al trono de la dinastía italiana, de orientación liberal, entre 1871 y 1873, conlleva a la instauración de la República. Durante estos años se suceden la “Guerra de Cuba” (1868-1878), la Tercera Guerra Carlista (1872-1876) y la Sublevación Cantonal” movimiento federalista de carácter radical que trató de establecer confederaciones de ciudades independientes (cantones). En “*Códigos Penales Españoles, 1822- 1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias*”. Ob. Cit. Pág.485 y ss.

¹¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., Origen de la Revolución de 1868 es el liberalismo radical, en contraposición con el liberalismo doctrinal, que había estado vigente en España desde el inicio del Constitucionalismo. Este liberalismo lleva al texto constitucional una declaración de derechos, donde lo importante es el sentido con que se proclaman esos derechos. “Carácter exclusivo de la soberanía nacional, sufragio universal y carácter absoluto e ilimitado de los derechos individuales”. Esa aspiración incondicionada a la realización de un ideal absoluto, se basa en derechos naturales, vinculados a la naturaleza humana. Utilizan para nombrarlo expresiones como “*extremo*” y “*exaltado*”, si bien los propios intervinientes en la Revolución, en alguna ocasión, han acuñado el término “*radical*”. En contraposición, se llamó doctrinarios a quienes rehuían soluciones radicales. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 271 y ss.

¹¹⁵ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., La soberanía reside en la nación de donde emanan todas las leyes. Se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica, aunque se permite profesar otras religiones; sufragio universal masculino, distinto del sufragio de clases, consta expresamente en este texto (art. 16); división de poderes y aunque el monarca sigue conservando algunos poderes regios, desaparece la potestad de hacer leyes con las Cortes, siendo éste el único órgano encargado de su elaboración (art. 34); política centralizadora; la monarquía es la forma de gobierno correspondiendo al rey el poder ejecutivo y la facultad de disolver las Cortes: el monarca ejerce su poder a través de los ministros, las leyes son elaboradas por las Cortes y sancionadas por el rey; el poder judicial es independiente, a través de un sistema de oposiciones a juez. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 275 y ss.

El principio de legalidad sufre nueva redacción, según RUIZ ROBLEDOS, por la intención de establecer claramente en un mismo artículo tanto una reserva de ley penal como procesal.

Reconoce el principio de irretroactividad de las leyes *“Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito competa el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito”* (art. 11).¹¹⁶ La garantía jurisdiccional queda expresada *“A los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales”* (art. 91).¹¹⁷

2.5.3 CÓDIGO PENAL DE 1870

Inmerso, en el “Sexenio Revolucionario”, las Cortes Constituyentes autorizan al Gobierno para elaborar un nuevo Código Penal, presentado el 30 de mayo de 1870, bajo el ministerio de Montero Ríos. Se aprueba, provisionalmente, el proyecto y aplazan su discusión hasta la reanudación de sesiones, pasado el estío.¹¹⁸ La Ley de 17 de junio de 1870 permitía aplicar como ley provisional el código reformado, y entró en vigor al día siguiente.¹¹⁹

¹¹⁶ Vid. RUIZ ROBLEDOS, A., Sigue la práctica de 1848 y las Cortes Constituyentes autorizan en Ley de 17 de junio de 1870 al Gobierno para la elaboración de un nuevo Código Penal, donde se recogen las garantías del principio de legalidad. En *“El Principio de Legalidad en la Historia Constitucional Española”*. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág.160.

¹¹⁷ Constitución de 1869, cit. artículo 92, prevé la no aplicación, por parte de los Tribunales, de los reglamentos, sino en cuanto sean conformes con la ley.

¹¹⁸ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Silvela le dio nombre, *“Código de verano”* pero es el que más vigencia ha logrado en España y por ello más críticas ha recibido. En *“Curso de Derecho Penal”*. Tomo I. Ob Cit. Pág.111. La discusión sobre el proyecto de Código Penal nunca se produjo, así consta en Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 307, 15 de junio de 1870, Cit. Pág. 8882 y ss y Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 308, 17 de junio de 1870, Tomo XIV, Madrid, 1870, Cit. Pág. 8898 y ss. También NÚÑEZ BARBERO, R., La falta de adecuación entre la Constitución liberal de 1869 y el Código penal de 1848 hizo necesario un Proyecto de reforma que se aprobó, con carácter provisional, tras un debate celebrado los días 15 y 17 de junio de 1870. En *“La Reforma Penal de 1870”*. Universidad de Salamanca. 1969. Pág.19 y ss.

El Código Penal de 1870 fue aprobado por Ley de 1 de junio de 1870.

¹¹⁹ Vid. SALDAÑA y GARCÍA-RUBIO, Q., Hubo varias reformas del Código, fruto de la rapidez y sorpresa con que fue aprobado. Entre estas se encuentran: la de 1 de enero de 1871 (faltas frustradas, art. 5), 15 de febrero de 1873 (detenidos y presos políticos, art. 213.5), 21 de enero de 1874, (delitos de ferrocarriles, art. 572.), 17 de julio de 1876 (faltas de hurtos y daños que pasan a ser delitos, art. 531, 532, 535, 606 y 608), 1 de septiembre de 1879 (penas de relegación, art. 111), 7 de agosto de 1899 (indemnización civil, art. 21 y 124), 1 de enero de 1900 (ataques a la integridad e independencia de la patria, art.248), 9 de abril de 1900 (ejecución secreta de la pena de muerte, art.102 al 104), 17 de enero de 1901 (abono de tiempo de la prisión preventiva art. 31), 10 de marzo de 1902 (ejecución de las penas

Profunda reforma del Código Penal de 1848, del que conservó las ideas básicas y su estructura técnico-legislativa, al igual que los de 1932 y 1944. El influjo de los cambios políticos en las leyes punitivas es innegable, para NUÑEZ BARBERO.¹²⁰

Vigente hasta 1932, aunque no fue aplicado, en favor del Código Penal de 1928, desde el 1 de enero de 1929 hasta el 15 de abril de 1932. Destaca la intervención del magistrado y político Alejandro Groizard, si bien todo parece apuntar que pudo ser obra del entonces Ministro de Justicia, Eugenio Montero Ríos, quien presentó el proyecto a Cortes, por sorpresa.

Dividido en tres libros, su inspiración política es liberal. Cuenta con 626 artículos, el último coincide con una Disposición Final y las Disposiciones comunes a las Faltas.¹²¹ Introduce innovaciones políticas, consecuencia necesaria de

privativas de libertad, según los establecimientos penales art.106,109,110, 113, 115, 118 y 119), 21 de julio de 1904 (delitos de corrupción y proxenetismo, art. 456 y 459), 1907 (ley de presupuestos Traslado de penales Ceuta y Melilla a la Península, art. 106), 3 de enero de 1908 (benignidad de acumulación de delitos, art. 90), ley 17 de marzo de 1908 (condena condicional), 27 de abril de 1909 (abolición del delito de coligación para alterar el precio del trabajo art. 556), ley 23 de julio de 1914 (libertad condicional), ley 2 de agosto de 1918 (creación de Tribunales de menores), diciembre de 1918, (nuevo delito de ultraje a la nación, regiones, ciudades y sus símbolos, art. 273). También existieron proyectos de reforma íntegros y de ellos destaca el Proyecto de Silvela de 1885. En *“La Reforma del Código Penal”*. Editorial Reus. Madrid 1920, Pág. 6 y ss.; Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Lo que no podía ser modificado, era el mecanismo de dosimetría que convertía al Juez en un autómata a la hora de aplicar sus preceptos en orden a la pena, tan lejos de las apetencias de individualización y arbitrio que las nuevas tendencias de la ciencia penal exigían. En *“Curso de Derecho Penal”*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 112.

¹²⁰ Vid. NUÑEZ BARBERO, R., Gran parte de las disposiciones de los Códigos Penales de 1848 y 1850 se oponían plenamente a las que debían ser consecuencia de los principios políticos imperantes después del triunfo de la revolución de 1868. En *“La reforma penal de 1870”*. Ob. Cit. Pág. 9.; TOMÁS y VALIENTE, F., Una de las características más sobresalientes del Código del 70 es el escasísimo margen que concedía a los jueces para la concreción de las penas y la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso. Desconfía el CP del arbitrio judicial y se esfuerza por corregir el excesivo poder de tribunales del antiguo régimen y someterlos rígidamente a la ley. *“Manual de Historia del Derecho Español”*. Ob. Cit. Pág. 501.

¹²¹ Código Penal de 1870, cit. Libro Primero “Disposiciones Generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas” contiene los artículos 1 a 135. Título Primero “De los delitos y las faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan” cuenta con 10 artículos. Título II “De las personas responsables de los delitos y las faltas” con tiene artículos 11 a 21. Título III “De las Penas” artículos 20 a 120. Título IV “De la responsabilidad civil” artículos 122 a 128. Título V “De las Penas en que incurrir los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo” artículos 129 a 131. Título VI “De la extinción de la responsabilidad penal”; El Libro Segundo “Delitos y sus penas contiene los artículos 136 a 583, repartidos en 15 títulos. Título I “Delitos contra la seguridad exterior del Estado” artículos 136 a 155; Título II “Delitos contra la Constitución” artículos 156 a 242; Título III “Delitos contra el orden público” artículos 243 a 279; Título IV “De las falsedades” artículos 280 a 348; Título V “De la infracción de las Leyes sobre inhumaciones y de la violación de sepulturas” artículos 349 a 357; Título VI “De los juegos y rifas” artículos 358 a 360; Título VII “De los delitos de los empedados públicos en el ejercicio de sus cargos” artículos 361 a 416; Título VIII “Delitos contra las personas” artículos 417 a 447; Título IX “Delitos contra la honestidad” artículos 448 a 466; Título X “Delitos contra el honor” artículos 467 a 482; Título XI “Delitos contra el estado civil de las personas” artículos 483 a 494; Título XII “Delitos contra la libertad y seguridad” artículos 495 a 514; Título XIII “Delitos contra la propiedad” artículos 515 a 580; Título XIV “De la imprudencia temeraria” artículo 581; Título XV “Disposiciones generales” artículo 582 y 583; Libro Tercero “De las faltas”.contiene los artículos 584 a 626, siendo ésta su disposición final.

modificaciones introducidas por la Constitución, leyes fundamentales y científicas, como avance de progreso.¹²² Regula la concreción de las penas, hasta entonces en manos de los jueces, sin margen para individualizarlas, lo que responde al principio de legalidad como garantía frente a la arbitrariedad de los juzgadores.¹²³ Éste principio, se encuentra disperso en tres artículos del texto punitivo, pero reúne de nuevo las garantías del principio de legalidad ; garantía criminal “*Son delitos o faltas, las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley*” (art. 1); garantía penal “*En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar, desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito*” (art. 2) y ambas garantías aparecen, junto al principio de irretroactividad de las penas “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración*” (art. 22). No consta la irretroactividad de delitos, pero se deduce “*a sensu contrario*” de los artículos 1 y 2.¹²⁴ Garantía de ejecución “*A los autores de un delito o falta se impondrá la pena que para el delito o falta que hubiese cometido se hallare señalada por ley*” (art. 64).

Reconoce el principio de retroactividad de leyes penales favorables al reo, en el artículo 23 “*Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de*

Repartidos en 5 títulos. Título I “De las faltas de imprenta y contra el orden público” artículos 584 a 591; Título II “De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones” artículos 592 a 601; Título III “De las faltas contra las personas” artículos 602 a 605; Título IV “De las faltas contra la propiedad” artículos 606 a 619; Título V “Disposiciones comunes a las faltas” artículos 620 a 625.

¹²² Cfr. NÚÑEZ BARBERO, R., Destacan, la supresión de delitos relativos a la religión católica, al declarar libertad de culto; crea nuevos delitos contra las Cortes, para garantizar la Constitución de 1869; introduce delitos contra la imprenta, recogidos, hasta ese momento, en Leyes especiales; castiga conspiración y proposición para delinquir, en los casos establecidos expresamente en la Ley; define tentativa y delito frustrado; introduce la circunstancias mixta de parentesco, de manera independiente; incluye agravante de vagancia, que deja de ser delito; suprime la analogía en relación a las agravantes; desaparecen penas perpetuas al indultarse a los 30 años; elimina la pena de argolla; disminuye la aplicación de la pena de muerte, que se aplicará por suma de agravantes y nunca de manera directa y crea la acumulación de penas. En “*La Reforma Penal de 1870*”. Ob. Cit. Pág. 35 y ss.

¹²³ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., En “*El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 155. Cfr. ANTÓN ONECA, J., Clasifica y separa las faltas, de la misma manera que han llegado hasta nuestro Código vigente, siendo éste el primer código que realiza tal clasificación. No quedan sujetos conforme al Código, los delitos penados por leyes especiales (art. 70). En “*El Código Penal de 1870*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 233 y ss.

¹²⁴ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 250.

un delito o falta aunque al publicarse aquellas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena.” La redacción, posibilita la aplicación de la legislación favorable, aunque estuviese cumpliendo condena, según legislación anterior, y se tendrán que revisar aquellas sentencias, donde la legislación posterior sea más favorable al reo. Los anteriores Códigos, no permitían aplicar retroactivamente la legislación penal posterior más favorables, si existía sentencia, por eso el humanismo característico de este texto es patente, a la hora de aplicar preceptos más beneficiosos al reo, de manera retroactiva.

2.5.4 CONSTITUCIÓN NONATA DE 1873

El reinado de Amadeo de Saboya, en España, ocupó el período comprendido entre 1870 y 1873. La I República le sucederá, bajo la presidencia de Estanislao Figueras, con fines federalistas, que hacían necesaria la elaboración de una nueva Constitución para adecuar esas condiciones políticas. Se atribuye la redacción de ésta a Emilio Castelar y en ella se propone un Estado Federal en la línea de los Estados Unidos.¹²⁵

Constitución democrática, con 117 artículos, distribuidos en 17 Títulos. El preliminar, recoge la defensa de los derechos naturales, derechos individuales de los ciudadanos, superiores a toda legislación positiva.¹²⁶ Reconoce la división de poderes, e

¹²⁵ Constitución nonata de 1873, cit. artículo 1 “*Componen la Nación Española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas*” *Cada uno de estos estados podría legislar a través de su propia Constitución y constituir sus propios órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, siempre que se respetara un sistema de división de competencias entre la Federación y los Estados miembros y la inspiración democrática que sustentaba a esta constitución.*”

¹²⁶ Los principios básicos de la Constitución de 1876 son: Toda persona se encuentra asegurada en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales. El derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida, El derecho al libre ejercicio de su pensamiento y a la libre expresión de su conciencia. El derecho a la difusión de sus ideas por medio de la enseñanza. El derecho de reunión y de asociación pacíficas. La libertad del trabajo, de la industria, del comercio interior, del crédito. El derecho de propiedad, sin facultad de vinculación ni amortización. La igualdad ante la ley. El derecho a ser jurado y a ser juzgado por los Jurados: el derecho a la defensa libérrima en juicio; el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena. Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva. El modelo de gobierno es una república federal y la jerarquía territorial la compone el Estado formado por las regiones que el artículo 1 establece. Se impone la soberanía popular (art. 42) y el sufragio universal, masculino, para la elección de los representantes de los ciudadanos en las instituciones republicanas (art. 69).

incluye un cuarto poder, el Poder de relación entre legislativo, ejecutivo y judicial, ejercido directamente por el Presidente de la República (art. 45 a 49).¹²⁷

Garantiza los principios de legalidad e irretroactividad de las leyes, en el Título II “*De los españoles y sus derechos*”, guardián de derechos individuales. Las garantías criminal, jurisdiccional y de ejecución, junto con el principio de irretroactividad, constan en el texto: “*Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de hechos anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban*” (art. 13).

No llegó a promulgarse debido a la situación política que vivía España: estallido de movimientos cantonalistas, guerra carlista y guerra de Cuba, que desestabilizó el régimen y dio paso al gobierno de Nicolás Salmerón, de tendencia más conservadora, instaurando la constitución de 1869.

2.6 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1876 Y 1933

2.6.1 CONSTITUCIÓN DE 1876

El final de la I República, da paso a la monarquía borbónica, en la figura de Alfonso XII, para depositar en Cánovas del Castillo el Gobierno y encargarse de la elaboración de una constitución, que fue promulgada el 30 de junio de 1876.¹²⁸ Se aprobó por Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal de acuerdo a lo previsto en la Constitución de 1869 y se apoya en tres pilares fundamentales: tolerancia religiosa, sufragio universal y régimen de libertades, permitiendo al partido en el poder interpretar determinados preceptos apoyados en su base política.

¹²⁷ Los artículos 45 a 49 disponen: El poder de la Federación se divide en Poder legislativo, Poder ejecutivo, Poder judicial y Poder de relación entre estos Poderes (art. 45). El Poder legislativo será ejercido exclusivamente por las Cortes (art. 46) El Poder ejecutivo será ejercido por los ministros (art. 47). El Poder judicial será ejercido por Jurados y Jueces, cuyo nombramiento no dependerá jamás de los otros Poderes públicos (art. 48). El Poder de relación será ejercido por el Presidente de la República (art. 49).

¹²⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., Se partió de un borrador constitucional desarrollado por un grupo de antiguos senadores y diputados de legislaturas previas, designados por Cánovas. De ellos resultó una comisión de 39 miembros, presidida por Manuel Alonso Martínez, que sería encargado de la redacción definitiva del texto, aprobado en mayo de 1876, sin grandes cambios y cuya vigencia termina en 1931 con el restablecimiento de su antecesora. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 304 y ss.

Texto de larga vigencia que permanecerá bajo el bipartidismo, conservadores–liberales, hasta promulgarse la Constitución de 1931.¹²⁹ Contiene 89 artículos repartidos en XIII Títulos, coincidentes con la división y agrupación de sus predecesoras. Más de las tres cuartas partes de los preceptos provienen de la constitución parlamentaria de 1837, la moderada de 1845 y la democrática de 1869. El Título I, recoge una declaración de derechos.¹³⁰

El principio de legalidad no resulta alterado, salvo en la forma, e hizo desaparecer cualquier duda sobre *“lex praevia”*. Recoge el principio de irretroactividad *“Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban”* (art. 16). Garantía jurisdiccional expresa *“A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer se ejecute lo juzgado”* (art. 76). Falta, al igual que en sus predecesoras, el principio de taxatividad de la ley penal y la garantía de ejecución de penas y no existe referencia al principio de legalidad de penas.¹³¹

Vigente el Código Penal de 1870, no sobrevino otro texto penal que arbitrarse sus principios, tras la promulgación de la última Constitución del siglo XIX, a pesar de

¹²⁹ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., Canovas trata de aportar un programa donde puedan gobernar todos los partidos que aceptan los principios esenciales del régimen. Por eso dice que *la Constitución no es el programa de “su política” sino el marco bajo en el que pueden realizarse todas las políticas posibles dentro de la Monarquía constitucional “sin necesidad de períodos constituyentes ni dictaduras”* En *“Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)”*. Ob. Cit. Pág. 318 y ss.; Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., Se declara, por primera vez, el Estado confesional (art. 11); las Cortes, sufren pocas modificaciones, el Senado sigue siendo feudo de la aristocracia y alta burguesía; agrupa en un solo título, toda la regulación concerniente a los poderes del ejecutivo, en el que la potestad de ejecutar las leyes reside en el monarca; la Administración de Justicia, se separa de la corriente del 69, cuyo título era Poder Judicial, pero en cuanto al contenido no conlleva variación alguna; la Administración local también sigue las pautas anteriores, manteniendo los ayuntamientos y diputaciones. En *“Las Fuentes de la Constitución de 1876. Continuidad y cambio en el Constitucionalismo del siglo XIX”*. Revista de Derecho Político nº 8. 1981. Pág. 85.

¹³⁰ Constitución española de 1876, cit. Título I *“De los españoles y sus derechos”* artículos 1 a 17; Título II *“De las Cortes”*. artículos 18 y 19; Título III *“Del Senado”* artículos 20 a 26; Título IV *“Del Congreso de los diputados”* artículos 27 a 31; Título V *“De la celebración y facultades de las Cortes”* artículos 32 a 47; Título VI *“Del Rey y sus Ministros”* artículos 48 a 58; Título VII *“De la sucesión a la corona”* artículos 59 a 65; Título VIII *“De la menor edad del Rey y de la regencia”* artículos 66 a 73; Título IX *“De la Administración de Justicia”* artículos 74 a 81; Título X *“De las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos”* artículos 82 a 84; Título XI *“De las Contribuciones”* artículos 85 a 88; Título XII *“Del Gobierno de las Provincias de Ultramar”*; Artículo 89. Artículo Transitorio para el nombramiento de los ministros de Cuba.

El texto constitucional fue promulgado en Palacio el 30 de junio de 1876.

¹³¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Pese a que las normas procesales quedan cubiertas por el principio de irretroactividad, también puede ser como voluntad de aunar en un solo artículo las distintas garantías. En *“Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. Ob. Cit. Pág. 248.

existir importantes diferencias en torno a los principios recogidos, pero sufrió importantes y diversas modificaciones.¹³²

Contiene dos artículos dentro de las Disposiciones Transitorias, que establecen el régimen transitorio, hasta que fuera promulgada la Ley de Tribunales.¹³³

El Proyecto de Código Penal de Luis Silvela de 1884, no llegó a ser aprobado, pero supone, el más elaborado de los proyectos realizados desde la Constitución de 1876, hasta el Código Penal de 1928.¹³⁴ Proclama el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, salvo que hubiese recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo condena (art. 9).¹³⁵

Durante este período se promulgaron, el Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre de 1884, el Código de la Marina de Guerra española de 24 de agosto de 1888 y el Código de Justicia Militar de 25 de junio de 1890.¹³⁶ El Orden Jurisdiccional Civil, vio culminada su labor legislativa, al ser promulgadas la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 y el Código Civil de 24 de julio de 1889.

2.6.2. CÓDIGO PENAL DE 1928

El Reinado de Alfonso XIII, entre mayo de 1902 y abril de 1931, dio paso a la Segunda República. Tras la revolución industrial, surge una nueva clase social, el

¹³² Cfr. SALDAÑA Y GARCIA RUBIO, Q., Fue modificado para suprimir errores y omisiones a través del Decreto de 1 de enero de 1871. En *“La Reforma del Código Penal”*. Ob. Cit. Pág.14 y ss.; SAN MARTÍN LOSADA, L., Reformas posteriores son: 17 de julio de 1876; 9 de abril de 1900; 21 de junio de 1904; 3 de enero de 1907; 3 de enero de 1908; 27 de abril de 1909. En *“El Código Penal de 1928. Su Estudio y Comparación con el de 1870”*. Madrid Imprenta Clásica española. 1928. Pág. 21 y ss.

¹³³ Constitución española de 1876, cit. DDTT, artículo 1 “la ley para elegir a la persona del Rey formará parte de la Constitución”. Artículo 2, posibilita al poder judicial para dictar disposiciones encaminadas al cumplimiento de varios artículos contenidos en el Título del Poder Judicial, hasta la redacción de la ley orgánica de Tribunales.

¹³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Entre los proyectos de Código Penal, figuran: Estrada y Dávila de 1877 y 1879; Bugallai de 1880; Alonso Martínez de 1882; Francisco Silvela de 1884; ley de bases de 1886; Fernández Villaverde de 1891; Maura de 1895; Montilla de 1902; Ugarte de 1905; 1912 y Saldaña y Piniés de 1921. En *“Derecho Penal Español”* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 107.

¹³⁵ Constitución española de 1876, cit. artículo 9: “Las leyes penales no tienen efecto retroactivo, en cuanto afecten al reo de un delito o falta, si al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena” Vid. ALVARADO PLANAS, J., En *“El proyecto de Código Penal de 1884 de Silvela y el Código Penal del Protectorado Español en Marruecos”*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. N° 1, 1992. Pág. 85 y ss.

¹³⁶ El Código Penal Militar fue sustituido por el de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1927, vigente hasta 1945 y se completó con la Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de septiembre de 1886 y de Enjuiciamiento Militar de Marina de 10 de noviembre de 1894. Vid. RODRÍGUEZ DE VESA JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 108.

proletariado, que toma conciencia de su situación y reivindica mejoras sociales y laborales.¹³⁷ Primo de Rivera se hizo cargo del poder, mediante el Manifiesto de 13 de septiembre de 1923.¹³⁸

El Código Penal de 1928 fue redactado, vigente la Constitución de 1876, con el propósito de adecuar legislación penal y concepción política autoritaria.¹³⁹ La Comisión Codificadora presidida por Eugenio Cuello Calón, elaboró un proyecto, que contenía importantes innovaciones en las que participaron, Galo Ponte y Quintiliano Saldaña, apartándose de la línea clásica y liberal.¹⁴⁰ Aumenta el arbitrio judicial e incorpora el

¹³⁷ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J/RODRÍGUEZ RAMOS, L/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., La inestabilidad social se sucede a través de huelgas, asesinatos, exagerada represión y la debilidad de los sucesivos gobiernos es manifiesta, lo que unido al desacuerdo del envío de tropas con destino a Marruecos hacen propicia la formación de un gobierno fuerte, capaz de enfrentarse y poner fin a esta situación. En *“Códigos Penales Españoles, 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias”* Ob. Cit. Pág.665 y ss.

¹³⁸ Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Tras la llegada al poder de Primo de Rivera, la actividad legislativa es vertiginosa, dando lugar a varias leyes: las de 18 de septiembre 1923 y 17 de marzo de 1926 contra el separatismo; 13 de abril de 1924 sobre robo a mano armada de personas que custodien valores; de 25 de diciembre de 1925 atribuyendo los delitos contra la seguridad del Estado y de lesa majestad a la jurisdicción militar; de 21 de febrero de 1926 de reforma del art. 457 del Código Penal e introducción del chantaje; de 16 de mayo de 1926 que atribuye facultades discrecionales al Gobierno en la adopción de medidas y las de 28 de febrero de 1927 para intensificar el cohecho. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 108.

¹³⁹ Vid. SAN MARTÍN LOSADA, L., El 12 de marzo de 1926 el Ministro de Justicia dirigió una Real Orden a la Comisión General de Codificación, encargándole que formase y redactase el Proyecto de una nueva edición del Código Penal de 1870, en la que “conservando en lo posible la estructura del mismo, se refundan las disposiciones legales que hasta ahora han modificado, adicionado y sustituido sus preceptos, y se introduzcan reformas convenientes, dándole para ello un plazo de seis meses. La comisión de códigos elaboró un proyecto que envió en noviembre de 1927 a la “Asamblea nacional” que terminó en marzo de 1928. Posteriormente el Ministro Justicia, Galo Ponte Escartin, con el asesoramiento de Cuello Calón y Jiménez Vicente modificó el proyecto, que fue presentado al Consejo de Ministros el 25 de agosto y publicado el 8 de septiembre, con entrada en vigor el día 1 de enero de 1929. En *“El Código Penal de 1928. Su Estudio y Comparación con el de 1870”*. Ob. Cit. Pág. 23.

¹⁴⁰ Aprobado por Real Decreto-ley de 8 de septiembre de 1928. Código Penal de 1928, cit. Contiene 858 artículos repartidos en un título preliminar y tres Libros. El Título preliminar *“De la ley penal y de su esfera de aplicación”* se divide en 4 capítulos, artículos 1 a 25. El Libro I De la infracción criminal y de su represión” se divide en 5 Títulos, artículo 26 hasta el 214. Título I *“De la infracción criminal”*. Título II *“De la responsabilidad”*. El III *“De la represión”*. Título IV *“De la extinción de la responsabilidad criminal y civil”*; Título V que contiene Disposiciones Generales. El Libro II *“De los delitos y sus penas”* contiene 15 títulos, artículos 215 a 787. Título I *“Contra la seguridad exterior del Estado”*. Título II *“Contra los poderes públicos y contra la Constitución”*. Título III *“Contra el orden público”*. Título IV *“De las falsedades”*. Título V *“Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos”*. Título VI *“Delitos contra la administración de justicia”*. Título VII *“Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud pública de las personas”*. Título VIII *“Delitos contra la salud pública”*. Título IX *“Delitos contra la seguridad colectiva”*. Título X *“Delitos contra la honestidad”*. Título XI *“Delitos contra el honor”*. El XII *“Delitos contra el estado civil de las personas”*; Título XIII *“Delitos contra la libertad y seguridad individuales”*. El XIV *“Delitos contra la propiedad”*. Título XV *“Delitos contra los menores”*. El libro III dedicado a las faltas y sus penas contiene nueve títulos, 788 a 858. Título I *“Faltas de imprenta y otras análogas y contra el orden público”*. Título II *“Contra los intereses generales y régimen de las poblaciones”*. Título III *“Contra los funcionarios públicos”*. Título IV *“Contra la moralidad pública”*. Título V *“Contra las persona”*; Título VI *“Contra la propiedad”*. Título VII *“Contra el contrato de trabajo”*. Título VIII *“Contra los menores”* y Título IX Disposiciones comunes a las faltas. Además una Disposición Transitoria y una Disposición final. En la primera se establecen normas para juzgar a los menores de diez y seis años en las provincias en que coexistan aún

principio de defensa social, que se traduce en el "dualismo" y sitúa junto a las penas, las medidas de seguridad, siendo ésta la primera vez, que aparecen recogidas en un código penal español para restringir la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social (art. 90).¹⁴¹

El principio de legalidad se incorpora al texto de forma clara y más completa, si bien, faltaban dos presupuestos básicos de éste principio, Estado de Derecho y división de poderes. Garantía criminal, penal, e irretroactividad de delitos y faltas se reconocen en el artículo 1 *“Sólo serán castigadas las acciones u omisiones que la ley penal haya definido como delitos o faltas. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley penal”*. El principio de taxatividad también se alberga en este Código *“No se admitirá la interpretación extensiva, analógica o semejanza, para definir los delitos, las faltas o agravar las penas* (art. 2)

La irretroactividad de penas se reconoce en el artículo 7. *“La ley penal por virtud de la cual se castiga un delito o falta, ha de ser anterior a la perpetración de éstos”*

El principio de retroactividad de leyes penales *“Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta si no fuere un delincuente habitual. La retroactividad favorable de las leyes será eficaz aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena. En estos casos el tribunal aplicará la nueva ley, sea de oficio o a instancia de parte, o del Ministerio Fiscal. En caso de duda sobre la ley más favorable será oído el*

tribunales tutelares para niños. Se dejan en vigor algunos artículos del CP de 1870. Vid SAN MARTÍN LOSADA, L., En *“El Código Penal de 1928. Su Estudio y Comparación con el de 1870”*. Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁴¹ Cfr. SAN MARTÍN LOSADA, L., Aumenta el arbitrio judicial y se concreta en determinados delitos, siendo absoluto en las faltas. Este arbitrio es importante para imponer una pena entre dos alternativas, decretar la sentencia indeterminada, aplicar la condena condicional, fijar la cuantía de la multa. Las medidas de seguridad son, en general, complementos especiales de las penas, pero otras como privación o incapacitación de derechos civiles, suspensión de cargo, empleo, profesión u oficio, retención en establecimientos especial de los delincuentes habituales, cierre temporal o definitivo de establecimientos, supresión disolución y suspensión de entidades o personas jurídicas etc., son algunas de estas medidas de seguridad, penas, que representan la muerte de las personas jurídicas. Prohíbe la prisión subsidiaria en multas; introduce delitos contra la seguridad colectiva; regula el delito continuado, tentativa imposible, considera el encubrimiento como delito autónomo y aumenta la minoría de edad hasta los 16 años. La Parte Especial tipifica, entre otros, la difamación, chantaje y usura. Amplía el número de hechos constitutivos de faltas, porque los delitos contra las personas y contra la propiedad, son constitutivos de falta, (como las lesiones que no necesiten asistencia facultativa por más de 20 días, los hurtos y estafas que no excedan de 100 pesetas y los daños que no pasen de 200 pesetas). En *“El Código Penal de 1928. Su Estudio y Comparación con el de 1870”*. Ob. Cit. Pág. 47 y ss.; En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 109.

reo. Si la condena hubiere recaído sobre un hecho que no constituyere delito según ley posterior, cesarán su ejecución y sus efectos penales” aparece en art. 7.

La regulación de la retroactividad penal es muy completa y zanja cualquier duda sobre la aplicación de la misma. Se impone la no retrotracción de la ley más beneficiosa, cuando el reo fuera *un delincuente habitual*, concepto éste que desaparecerá en los códigos posteriores. Es la primera y única vez en la codificación española que se exige no tener la condición de reo habitual para la aplicación de la legislación penal posterior más favorable, (claro endurecimiento para este beneficio). Al igual que el de 1870, permite aplicar ley penal más favorable, aunque el condenado estuviere cumpliendo la condena. Reclama el cese en ejecución o cualquier efecto penal, si hubiese quedado despenalizado el delito o falta con arreglo a la nueva legislación.

Prevé la ejecución penal de los efectos civiles derivados del delito y declarados por los Tribunales a favor de terceros, a pesar de la despenalización del delito o falta del que traen su origen (art.9)

El Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, pretendió constitucionalizar la retroactividad favorable al reo en el artículo 23.8, cuyo tenor literal era: *“Las leyes penales sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto reo, si éste no fuera delincuente habitual”*.¹⁴²

2.6.3 CONSTITUCIÓN DE 1931

El golpe de Estado de Primo de Rivera en septiembre de 1923, sesgó la vigencia de la Constitución de 1876 y produjo la disolución del bipartidismo en el que se apoyaba. La dictadura, instaurada hasta 1930, dejó paso a un período de transición, *“Restauración de la restauración”*, que traería consigo la vuelta de la Constitución de 1876 y los partidos políticos que entonces fueron su apoyo.¹⁴³

¹⁴² Vid. CUERZA RIEZU, AR., En *“La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”*. La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 aniversario. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Ob. Cit. Pág. 280.

El anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929, también llamada Constitución nonata de Primo de Rivera de 1929, reconoce la retroactividad en el Título III *“De los deberes y derechos de los españoles y de la protección otorgada a su vida individual y colectiva”*. Este título contiene un listado de deberes de los españoles y derechos de las personas, con la protección del matrimonio y la vida familiar por parte del Estado. Contiene, este texto nonato 104 artículos, dividido en XI Títulos.

¹⁴³ Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., En *“Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)”*. Ob. Cit. Pág. 462.

La difícil situación política y económica de España, se agravó con las elecciones municipales de 1931 que dieron el triunfo a los republicano-socialistas, en capitales de provincia, y el 14 de abril se proclama la II República, hasta abril de 1939 coincidiendo con el comienzo de la dictadura del General Franco.¹⁴⁴

El parlamento, resultado de Elecciones a Cortes Constituyentes en junio de 1931, albergó como misión elaborar una Constitución, con rasgos coincidentes con las ideas de la mayoría elegida. En el discurso de presentación, del proyecto constitucional, Jiménez de Asúa, la define, avanzada, democrática y de izquierdas.¹⁴⁵ Obra de una comisión parlamentaria, encabezada por Jiménez de Asúa, de la que formó parte, Mariano Ruiz Funes, está inspirada en diversas Constituciones: alemana de Weimar, Austria, Checoslovaquia, Uruguay y Méjico.

Representaba ideales del socialismo humanista. Pretende estructurar un Estado democrático, regionalista, laico y abierto a amplias reformas sociales. Contiene 125 artículos repartidos en IX títulos y el preliminar.¹⁴⁶ La ideología y el régimen imperante,

¹⁴⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J/RODRÍGUEZ RAMOS, L/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., El primer bienio supuso un periodo de reformas, intentando democratizar y actualizar España con el resto de Europa. Inmediatamente se creó un Gobierno Provisional presidido por Niceto Alcalá Zamora y formado por republicanos de izquierdas y derechas, socialistas y nacionalistas. El gobierno debía dirigir el país hacia unas nuevas Cortes Constituyentes que dieran forma al nuevo régimen. Se eligió presidente de la II República Española a Niceto Alcalá-Zamora, quién confirmó a Manuel Azaña como presidente del gobierno. En *“Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias”*. Ob. Cit. Pág.665 y ss.

¹⁴⁵ *“Pues bien, nosotros, con premura inusitada, hemos compuesto esa Constitución que aquí ofrecemos. Quiero ahora, sin enmascarar nuestro pensamiento, decir que es una Constitución avanzada; deliberadamente lo decidió así la mayoría de los Comisionados. Una Constitución avanzada, no socialista (el reconocimiento de la propiedad privada la hurta ese carácter), pero es una Constitución de izquierdas. Esta Constitución quiere ser así para que no nos digan que hemos defraudado las ansias del pueblo. Los que quieren, a pretexto del orden, transformar a España en una Monarquía sin rey, encontrarán siempre en esta Comisión la lucha más decidida y la más absoluta negación a ceder. Hacemos una Constitución de izquierdas, y esta Constitución va directa al alma popular. No quiere la Comisión que la compuso que el pueblo español, que salió a la calle a ganar la República, tenga que salir un día a ganar su contenido. Por eso, porque es una Constitución democrática, liberal, de un gran contenido social, la Constitución que os ofrecemos es una obra conservadora, porque los elementos que pueden alterar el orden con tal pretexto no es preciso que en estos instantes, que no son de polémica, sino de exportación de nuestra obra, sean mencionados por mí. Lo dice la pastoral de los prelados del 17 de este mes Nuestro proyecto de Constitución es una obra conservadora, de la República.”* En Diario de Sesiones de las Cortes 28 de agosto de 1931 nº 29 Pág. 2.

¹⁴⁶ Constitución española de 1931, cit. Título Preliminar “*Disposiciones generales*” artículos 1 a 7; Título I “*Organización nacional*” artículos 8 a 22; Título II “*Nacionalidad*” artículos 23 y 24; Título III “*Derechos y deberes de los españoles*” artículos 25 a 50; Título IV “*Las Cortes*” artículos 51 a 66; Título V “*Presidencia de la República*” artículos 67 a 85; Título VI “*Del Gobierno*” artículos 86 a 93; Título VII “*Justicia*” artículos 94 a 106; Título VIII “*Hacienda Publica*” artículos 107 a 120; Título IX “*Garantías y reformas de la Constitución*” artículos 121 a 125. Dos disposiciones Transitorias. El Título I, desarrolla el Estado como una organización constituida por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía. La organización de poderes, queda plasmado en con un parlamento unicameral, el Congreso; un presidente de la república, elegido por las Cortes y un número de compromisarios igual al de los diputados con un mandato de seis años, no reelegibles. El Gobierno estaba formado por el presidente del Consejo y los Ministros.

la República, aparece reconocidos en el artículo 1.¹⁴⁷ El Estado, como “*Estado integral*”, es organización reservada a satisfacer pretensiones autonomistas de las regiones.¹⁴⁸ Instaure el Tribunal de Garantías Constitucionales, para cuestiones de inconstitucionalidad.¹⁴⁹ Admite, el divorcio a petición de un cónyuge, alegando justa causa o por mutuo consenso.¹⁵⁰

Principio de legalidad, garantía criminal, penal, jurisdiccional e irretroactividad de las leyes “*Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales*” se reconocen en el art. 28.¹⁵¹

Cuenta con dos artículos transitorios, para regular la elección del Presidente de la República y para elevar a rango constitucional la Ley de 26 de agosto de 1931, de competencia de Comisión de Responsabilidades, hasta que finalice su misión y la Ley de 21 de octubre de 1931, perdurando su constitucionalidad el tiempo de vigencia de Cortes Constituyentes.¹⁵²

¹⁴⁷ Dispone el artículo 1: *España es una República de trabajadores de todas clases que se organiza en régimen de libertad y de justicia. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones. La bandera de la República española es roja, amarilla y morada*

¹⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., Los poderes atribuidos a cada órgano no fueron claramente delimitados, lo que provocó inevitables conflictos que pusieron en duda el funcionamiento del Estado. No quedan definidas las partes que integraban la forma del Estado, quedando a la libre decisión de las presuntas regiones el constituirse como tales, a través de un procedimiento regulado en la Constitución. En “*Historia del Constitucionalismo Español (1808-1936)*”. Ob. Cit. Pág. 489 y ss.

¹⁴⁹ Constitución española de 1931, cit. artículo 100 “*Cuando un Tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales.* El artículo 122 establecía su composición *Un presidente, dos vocales, natos. Presidente del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas; dos diputados elegidos por las Cortes; un representante por cada una de las regiones; dos miembros nombrados por los Colegios de abogados y cuatro profesores de Facultades de Derecho designados por elección de los mismos profesores*” No se exigía la cualidad de letrado y termino siendo un órgano más político que jurídico.

¹⁵⁰ Dispone el artículo 43.1: *La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo consenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa*”. La ley del divorcio, se promulgó el 2 de marzo de 1932.

¹⁵¹ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., El consenso respecto al artículo 28 fue unánime y no hubo lugar a enmienda, aprobándose sin debate. El deseo del legislador de dejar claramente expresadas tanto la reserva de ley penal como la reserva de ley procesal, se tradujo en la división de dos frases, aunque quedó peor redactado que en el texto constitucional anterior. En “*El Principio de Legalidad en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político nº 42. Ob. Cit. Pág. 163 y ss.; Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., A través de esta redacción las normas procesales penales parecen quedar fuera del alcance de la garantía de irretroactividad, no se habla del juez predeterminado por la ley, tal y como ya lo hacía la Constitución de 1812. Tampoco hace referencia a la irretroactividad de las penas. Suprime, el término “*español*” y lo sustituye por “*nadie*”. En “*Fundamentos de las sucesión de leyes en el Derecho Penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 250.

¹⁵² La Ley de la Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 contiene 6 artículos que abarca los actos que atentan contra la República, las sanciones que se aplican, el órgano que debe aplicar esta Ley, la posibilidad de aplicar sanciones penales y su entrada en vigor.

2.6.4 CÓDIGO PENAL DE 1932

Por Decreto de 15 de abril de 1931, el Gobierno Provisional, deroga el Código Penal de 1928 y pone en vigor el de 1870. Ante la necesidad de regular la materia penal, se reforma el Código de 1870, posponiendo la redacción del nuevo Código.¹⁵³

Fue encargada, a la subcomisión de Leyes Penales de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno, presidida por Jiménez de Asúa, de la que formaron parte Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Ruiz Funes y Alcalá Zamora. Publicado el 5 de noviembre de 1932, entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año, bajo el ministerio de justicia de Álvaro de Albornoz y Luminiana.¹⁵⁴ La exposición de motivos razona las modificaciones introducidas, y clasifica cuatro grupos: impuestas por la Constitución aprobada en diciembre de 1931; corrección de errores técnicos e incorporación de leyes complementarias; tendentes a humanizar y dar elasticidad al Código; y casos de reforma excepcional.¹⁵⁵

Materialmente, no afectó al principio de legalidad, artículos 1 y 23, limitándose a adaptar el Código a la Constitución republicana.¹⁵⁶ Garantía penal e irretroactividad de las penas aparecen en artículo 23: *“No será castigado ningún delito ni falta con pena*

¹⁵³ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., También deroga todos los titulados decretos-leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 111.

¹⁵⁴ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Las Cortes aprobaron un proyecto de Ley de Bases, que se discutió en una única sesión y el gobierno aprobó el decreto con el texto articulado que entró en vigor. Por ello La reserva de ley se entiende de una manera relativa: como una reserva de parlamento que podía delegar en el Gobierno. En *“El Principio de Legalidad en la Historia Constitucional Española”*. Revista de Derecho Político. nº 42. Ob. Cit. Pág. 164.

¹⁵⁵ Aprobado por Ley de 27 de octubre de 1932. Fue publicado en el BOE nº 310 de 5 de noviembre de 1932. Páginas 818 a 832. Contiene 600 artículos. Título Preliminar y tres Libros. Libro I *“Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y sus penas”*. Título I *“De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan”* artículos 1 a 11; Título II *“De las personas responsables de los delitos y faltas”* artículos 12 a 22; Título III *“De las Penas”* artículos 23 a 102; Título IV *“De la responsabilidad civil y de las costas procesales”* artículo 103 a 122. Libro II *“Delitos y sus penas”* Título I *“Delitos contra la seguridad exterior del Estado”* artículos 123 a 143; Título II *“Delitos contra la Constitución”* artículos 144 a 237; Título III *“Delitos contra el orden público”* artículos 238 a 272; Título IV *“De las falsedades”* artículos 273 a 330; Título V *“De la Administración de Justicia”* artículo 331 a 343; Título VI *“De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública”* artículos 344 a 352; Título VII *“De los juegos y rifas”* artículos 353 a 355; Título VIII *“Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”* artículos 356 a 560. Libro III *“Faltas y sus penas”* artículos 561 a 600, correspondiendo éste con su disposición final.

¹⁵⁶ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., Acepta la clasificación bipartita de infracciones penales, delitos y faltas; muestra clara orientación humanitaria, manifestada en suprimir la pena de muerte, (siendo la primera vez en un Código penal español) disminuye el número de agravantes, hasta 15, amplitud dada a algunas eximentes e instituciones como la condena condicional y la libertad condicional. También eleva la edad penal a 16 años e introduce eximente de sordomudez, trastorno mental transitorio; suprime la degradación y la responsabilidad personal para los casos de impago de la responsabilidad penal. Suprime delitos, como el adulterio y humaniza las penas. En *“El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española”*. Revista de Derecho Político nº42. Ob. Cit. Pág. 164.

que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración”; Garantía de ejecución *“A los autores de un delito o falta se impondrá la pena que para el delito o falta que hubiesen cometido se hallare señalada por ley”* (art. 49).¹⁵⁷

Principio de retroactividad (art. 24): *“Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena”*.¹⁵⁸

Complemento, de este Código, fue la Ley de Vagos, Rateros y Maleantes, aprobada en Cortes Constituyentes, firmada y promulgada el 4 de agosto de 1933. No sancionaba delitos, intentaba evitar la comisión futura de los mismos; no incluía penas, sino medidas de alejamiento, control y retención de individuos presuntamente peligrosos, hasta confirmar el fin de su peligrosidad. Podía ser utilizada, arbitrariamente, para la represión de personas sin recursos y preveía, para determinados estados peligrosos, medidas de seguridad tanto postdelictuales como predelictuales.¹⁵⁹

La legislación especial trató de hacer frente a problemas de orden público, con la promulgación de varias leyes especiales en materia penal, entre las que se encuentra, con importantes efectos retroactivos, la Ley de amnistía de 20 de abril de 1934 que concede amnistía a penados y encausados por delitos políticos y sociales.¹⁶⁰

¹⁵⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., En un momento en que aún no existían Cortes, el principio de legalidad causó el siguiente problema: había que elegir entre aplicar la analogía o bien modificar el Código Penal por Decreto. Jiménez de Asúa asesoró y el Gobierno eligió la menos nociva y por Decreto de 2 de mayo de 1931, introdujo las reformas necesarias para republicanizar el Código de 1870 y hacerlo compatible con la nueva forma de Gobierno. En *“El Principio de Legalidad Penal”* Ob. Cit. Pág. 97.

¹⁵⁸ El contenido es el mismo que el del Código Penal de 1870 (art. 23) que dota al principio de retroactividad de un gran protagonismo, ya que se posibilita la aplicación de una ley posterior, incluso habiendo sido dictada sentencia. Será la redacción que llegará al Código Penal actual.

¹⁵⁹ El fundamento de esta norma era el comienzo del artículo 1º de la Constitución de la República de 1931, que disponía «España es una República de trabajadores de toda clase...». Era persona peligrosa la que no tuviera trabajo o no pudiera trabajar. También conocida popularmente como la Gandula, la ley de vagos y maleantes fue aprobada por consenso de todos los grupos políticos de la segunda república, bajo el Gobierno de Manuel Azaña. Referida al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y cualquier otro elemento considerado antisocial. Fue posteriormente modificada para reprimir a los homosexuales durante la dictadura. Vid. CANCINO MORENO, AJ., Era una ley donde abundaban las presunciones y se sancionaban severamente conductas meramente preparatorias. El Derecho que contenía constituía un estatuto represivo para castigar y perseguir a los menesterosos, carentes de trabajo, víctimas de la discriminación y olvidados de la sociedad, por el solo hecho de serlo. No existe el principio de presunción de inocencia, sino el de presunción de culpabilidad. En *“Necesidad de la Regulación del Real Principio del Derecho Penal Mínimo”*. Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2004. Pág.41.

¹⁶⁰ Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Entre estas se encuentran: Ley de 9 de enero de 1932 y 4 de julio de 1933 castigan la tenencia ilícita de armas que resultó agravada por Ley de 22 de noviembre de 1934; Ley de 11 de octubre de 1934 restableció la pena de muerte para los delitos cometidos por medio de explosivos (era una ley temporal, su vigencia por 1 año fue prorrogada por la Ley de 20 de junio de 1935). En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 114.

2.7 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1934 y 1977

2.7.1 CÓDIGO PENAL REFORMADO. TEXTO REFUNDIDO DE 1944

Texto elaborado y promulgado durante la postguerra, con una situación social, económica, militar y política especial. La justicia penal de la guerra civil, se inicia con los bandos de 17 y 28 de julio de 1936, éste último declaratorio de Estado de guerra, sustrajo a la legislación común, gran número de delitos convertidos, por asimilación, en rebelión militar. Promulgaron normas no elaboradas por órgano representativo, con reformas importantes, como el restablecimiento de la pena de muerte.¹⁶¹ Los delitos políticos y comunes relacionados con la defensa del Estado, quedan sujetos al Código de Justicia Militar, que hacía de los bandos militares fuente del Derecho Penal, en tiempo de guerra.¹⁶²

¹⁶¹ Cfr. RUIZ ROBLEDO, A., Hasta la promulgación de un nuevo Código Penal siguió vigente el Código Penal de 1932, pero el Gobierno dictó leyes penales especiales: Ley de 5 de julio de 1938 modificando la escala de penas del artículo 27 y restableciendo la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio; Ley de 24 de noviembre de 1938 sobre delitos monetarios; Ley de 9 de febrero de 1939 sobre responsabilidades políticas dio cobertura legal a la represión de la posguerra; Ley de 23 de septiembre de 1939 sobre delitos políticos complejos y conexos; Ley de 26 de octubre de 1939 sobre acaparamiento; Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo (BOE N° 12667); Ley de 30 de septiembre de 1940 por la que se establece la Fiscalía Superior de Tasas; Ley de 18 de febrero de 1941 sobre accidentes ferroviarios; Ley de 29 de marzo de 1941 para la Seguridad del Estado; También se promulgaron leyes de modificación del Código Penal, Ley de 24 de enero de 1941 sobre el aborto; Ley de 10 de marzo de 1941 sobre defraudaciones del fluido eléctrico; 29 de marzo de 1941 de Seguridad del Estado; Ley de 19 de febrero de 1942 relativa a desacatos, insultos e injurias; 12 de marzo de 1942, creando el delito de abandono de familia; 10 de abril de 1942, elevando los límites mínimos en los delitos contra la propiedad; Ley de 11 de mayo de 1942 por las que se aumentan las penas del infanticidio, se modifican los delitos de abandono de niños y se reintroduce el adulterio y el amancebamiento; Ley de 6 de noviembre de 1942 modificando la represión de los delitos de estupro; Ley de 2 de marzo de 1943 que equiparó a rebelión militar una serie de hechos y restringió el ámbito de aplicación de la ley para la Seguridad del Estado. En *“El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española”*. Revista de Derecho Político n° 42. Ob. Cit. Pág. 166 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En estas leyes tuvo importante participación Cuello Calón. Son leyes cuya técnica general es más severa con protección al Estado, familia y buenas costumbres. En *“Derecho Penal Español”* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 114.

¹⁶² Cfr. FERRÉ OLIVÉ, JC., Sustrae del Código Penal común delitos que son competencia de la Justicia Militar (Código Penal Militar de 27 de septiembre de 1890), debiendo los civiles sospechosos ser juzgados por Consejos de Guerra, a partir del bando de 28 de julio de 1936. En *“Universidad y Guerra Civil”*. Lección Inaugural Curso 2009-2010. Universidad de Huelva. Servicio de Publicaciones. Pág. 14.; En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Los bandos militares constituían antes de entrar en vigor el Código Penal Militar de 1985, un caso especial de leyes penales delegadas en base al artículo 181 del Código de Justicia Militar (hoy derogado) que venían estimando, delitos militares los comprendidos en los bandos que con arreglo a sus facultades dictaren las autoridades militares. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 182; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., Actualmente el artículo 181 del antiguo CJM, no tiene precedente, pero su artículo 63 establece: *El que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado...* es una ley penal en blanco que concede amplio arbitrio judicial. En *“Derecho Penal español”* Parte General. Editorial Tecnos. Quinta Edición. Madrid 1996 Pág. 124.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., En *“Delito de Daños. Evolución y Dogmática.*

Durante la dictadura, el Gobierno, exento de control parlamentario, cometió excesos, en relación a la aplicación retroactiva de leyes penales que perjudican al reo, así leyes promulgadas posteriormente a la comisión de actos, que ésta ley consideraba delito, fueron aplicadas, con efecto retroactivo. Entre otras, Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939;¹⁶³ Ley de 1 de abril sobre retracción en la prescripción de los delitos;¹⁶⁴ Ley de 8 de mayo de 1939 sobre invalidez de las actuaciones practicada por funcionarios extraños al Movimiento Nacional;¹⁶⁵ Ley de 23 de septiembre de 1939 considerando no delictivos ciertos hechos cometidos desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936;¹⁶⁶ Ley de 23 de septiembre de 1939

Artículo 263 Código Penal”. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid 2003. Pág. 40.

¹⁶³ Promulgada con el propósito de responsabilizar a personas físicas y jurídicas de actos y situaciones ocurridas entre el 1 de octubre de 1934 y el 18 de julio de 1936, por contribuir a crear o agravar la subversión de la que fue víctima España y la de aquellas otras que a partir de la segunda fecha se hayan opuesto al Movimiento Nacional con actos u omisiones. Supone un acto de vulneración de los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de igualdad, de libertad y de irretroactividad de leyes penales, entre otros (art.1). Quedando desde ese momento incurso en responsabilidad política los condenados por adhesión, rebelión, traición etc. contra el Movimiento Nacional; los directivos de partidos, asociaciones cuyo listado figura en el artículo 2 de la ley; haber estado afiliado a los partidos que constan en el artículo 2; los que hayan desempeñado cargos políticos o administrativo de índole civil del Frente Popular; haberse significado públicamente a favor del Frente Popular; los miembros del gobierno de 1936; los que pertenecen a la masonería; los que juzgadores de los afines al Movimiento; los que han vivido fuera de España desde el 18 de julio de 1936 y no han vuelto en el plazo de 2 meses, salvo residencia establecida fuera etc. Merecen especial atención las ocho disposiciones transitorias que esta Ley contiene y remite al Decreto de 10 de enero de 1937: ordena la abstención de cualquier inicio de expedientes a las Autoridades que venían interviniendo en materia de incautación y de responsabilidades civiles; la remisión de los expedientes iniciados, concluidos y piezas separadas al Tribunal Regional competente; las reclamaciones de terceros frente a asuntos resueltos, se tramitan por la anterior legislación; se permite la revisión para aplicación de la legislación favorable, a los sancionados por Decreto de 10 de enero de 1937; establece la pervivencia de la Comisión Central y las Provinciales durante 6 meses, con entrega de toda la documentación. Publicado en BOE 13-02-1939. Pág. 824 y ss.

¹⁶⁴ Con efecto de 17 de julio de 1936 suspenden plazos para: la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos y acciones civil y mercantil, en los casos en que no haya sido posible el ejercicio de los derechos; prescripción de derechos sobre cosas o acciones establecidos en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, en asientos, efectos, recursos y acciones que constan en la Ley y reglamentos; la prescripción administrativa de derechos, acciones y relaciones en que los sujetos actúen como titulares de derecho privado; la prescripción de todos los delitos públicos y aquellos que se persiguen a instancia de parte; la caducidad de la instancia establecida en la LEC, para supuesto en que no fuese posible instar su prosecución por la situación de las personas, bienes o medios hábiles para conseguirlo; el tracto prescriptivo empezará a correr desde el día en que se halle en territorio liberado la persona que sin la suspensión hubiese sido perjudicada por los medios para hacer valer su derecho.

¹⁶⁵ Publicada en BOE Nº 133. Año IV de 13 de mayo de 1939. Páginas 2620-2622. Esta ley priva de firmeza a cualquier resolución dictada por funcionarios ajenos al Movimiento Nacional, a partir del 18 de julio de 1939, no produciendo efectos de cosa juzgada (art. 1). Declara nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio (art. 6) Las sentencias firmes, que por el ejercicio de los recursos que esta Ley concede se pronuncien y sean revocatorias de las anteriormente pronunciadas, causarán estado entre los litigantes y perjuicio respecto a tercero, con efecto de retroacción al inicio de las actuaciones, y, además, producirán de pleno derecho la nulidad de las situaciones jurídicas creadas como consecuencia o al amparo de las actuaciones y resoluciones que hayan quedado ineficaces (art. 7).

¹⁶⁶ BOE Nº 273 de 30 de septiembre. Considera no delictivos determinados hechos de actuación político-social coincidente con el Movimiento Nacional y como protesta contra el sentido antipatriótico de los que

relativa al Divorcio;¹⁶⁷ Ley de 3 de febrero de 1940 relativa a prescripción de delitos;¹⁶⁸ Ley de 1 de marzo de 1940, de represión del comunismo y la masonería.¹⁶⁹ Por el contrario la Ley de 2 de marzo de 1943 sobre rebelión militar, no tiene carácter retroactivo, a pesar de ser más favorable para el reo.¹⁷⁰

La Administración del Estado, restablece la Comisión General de Codificación, por Decreto de 25 de marzo de 1938, y suprime la Comisión Jurídica Asesora Republicana, para recoger la corriente del nuevo régimen. La ley de 19 de julio de 1944 estableció las bases para modificar el Código Penal de 1932, que es aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944 y sometido a revisión por una Comisión de la que forman parte, la Sala 2 del Tribunal Supremo y miembros de la Carrera Fiscal. Entra en vigor el 3 de febrero de 1945 y fue designado oficialmente “*Código Penal Reformado, Texto refundido de 1944*”.¹⁷¹

justificaron el Alzamiento, que hubiesen sido objeto de procedimiento criminal, ejecutados entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936. Se aplica el sobreseimiento en las causas abiertas y la extinción de responsabilidad en las causas con sentencia firme y cancelación de antecedentes penales. (Supone la retroactividad de las leyes más favorables al despenalizar conductas anteriores, sólo por su motivación político-social, conforme con el Régimen) En este sentido SANTA-CECILIA GARCÍA, F., En “*Delito de Daños. Evolución y Dogmática. Artículo 263 Código Penal*”. Ob. Cit. Pág. 39.

¹⁶⁷ Publicada en BOE nº 278 de 5 de octubre de 1939. Deroga ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y disposiciones complementarias de la misma. Declara nulas las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la ley que se deroga, respecto de los matrimonios canónicos hayan o no pasado los cónyuges a uniones posteriores a instancia de parte (art.1). Se entienden disueltas las uniones civiles, celebradas durante la ley que se deroga, en que los cónyuges se hallen ligados canónicamente a otra persona, a instancia de parte (art. 2). Aplica una retroactividad en grado máximo. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil Español Común y Foral*”. Tomo I Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la Norma Jurídica. Editorial Reus. Segunda Edición, revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Madrid 2005. Pág. 634.

¹⁶⁸ Establece prescripción, para delitos comunes con penas de hasta 12 años de privación de libertad, cometidas con ocasión del Movimiento nacional, anteriores al 1 de abril de 1939, en 2 años. (art.1).

¹⁶⁹ BOE Nº 12.667 de 2 de marzo. En su artículo 1 se delimita en que consiste el delito. “*Constituye figura de delito, castigado conforme a las disposiciones de la presente Ley, el pertenecer a la masonería, al comunismo y a las demás asociaciones clandestinas a que se refieren los artículos siguientes. El Gobierno podrá añadir a dichas organizaciones las ramas o núcleos auxiliares que juzgue necesarios y aplicarles entonces las mismas disposiciones de esta Ley, debidamente aceptadas.*

En artículo Nº 12 establece la creación y composición de un “Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo”. Las penas iban desde la incautación de bienes hasta la reclusión mayor. Los masones, aparte de las sanciones económicas, quedaban automáticamente separados de cualquier empleo o cargo de carácter público. Se establecieron penas de veinte a treinta años de prisión para los grados superiores, y de doce a veinte para los cooperadores.

¹⁷⁰ Constituye esta ley un intento de sistematizar las conductas rebeldes tras su eclosión anterior. Legaliza los delitos de rebelión común producidos bajo el imperio de los bandos (28 de julio de 1936), pasando a incluirlos dentro de ésta disposición con rango de ley. Deroga, por leyes, disposiciones y bandos dictados hasta la fecha, en cuanto se califique de rebelión militar, hechos distintos de los comprendidos en la presente ley.

¹⁷¹ Texto Refundido de 1944, cit. Contiene 604 artículos. Se divide en III Libros. Libro I “*Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas. Las Personas responsables y las Penas*” se divide en V títulos, con 119 artículos; Título I “*De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal la atenúan o la agravan*” artículos 1 a 11; Título II “*De las personas responsables de los delitos y faltas*” artículos 12 a 22; Título III “*De las Penas*” artículos 23 a 100; Título IV “*De la responsabilidad civil y de las costas procesales*” artículos 101 a 111; Título V “*Extinción de la responsabilidad y sus*

Es el Código Penal del régimen anterior, acompañado técnicamente con el de 1870 y como ha destacado, QUINTERO OLIVARES, el Código penal de 1944 “*no fue sino el Código de siempre adaptado al franquismo, lo que ciertamente no era poca cosa*”.¹⁷²

Garantía criminal, reconocida en art. 1 “*Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias puestas por la Ley*” (art. 1); garantía penal de delitos y principio de irretroactividad en el art. 23 “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración*”. Completado con el artículo 2.¹⁷³ Estos tres artículos otorgan el monopolio a la Ley en el ámbito penal, como fuente

efectos” artículos 112 a 119. Libro II “*Delitos y sus penas*” contiene 446 artículos repartidos en XIV títulos. Título I “*Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado*” artículos 120 a 141; Título II “*Delitos contra la Seguridad Interior del Estado*” artículos 142 a 268 bis; Título III “*De las falsedades*” artículos 269 a 324; Título IV “*De los delitos contra la Administración de Justicia*” artículos 325 a 338 bis; Título V “*De la infracción de las leyes sobre inhumaciones de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública*” artículos 339 a 348 bis; Título VI “*De los juegos ilícitos*” artículos 349 a 350; Título VII “*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*” artículos 351 a 404; Título VIII *Delitos contra las personas*” artículos 405 a 428; Título IX “*Delitos contra la honestidad*” artículos 429 a 452 bis g); Título X “*De los delitos contra el honor*” artículos 453 a 467; Título XI “*De los delitos contra el estado civil de las personas*” artículos 468 a 479; Título XII “*De los delitos contra la libertad y seguridad*” artículos 480 a 499; Título XIII “*De los delitos contra la propiedad*” artículos 500 a 564; Título XIV “*De la imprudencia punible*” artículo 565. Libro III “*De las faltas y sus penas*” contiene 39 artículos repartidos en Título I “*De las faltas de imprenta y contra el orden público*” artículos 566 a 572; Título II “*De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones*” artículos 573 a 581; Título III “*De las faltas contra las personas*” artículos 582 a 586; Título IV “*De las faltas contra la propiedad*” artículos 587 a 600; Título V “*De las disposiciones comunes a las faltas*” artículos 601 a 604, que incluye la Disposición Final.

Las reformas sufridas por este texto son: Leyes de 27 de abril 1946 en la alteración del precio de las cosas y 17 de julio de 1946 sobre paz y delitos de Estado; Ley de 27 de diciembre de 1947 modifica la falsificación de moneda y tenencia de explosivos; Ley de 4 de mayo de 1948 que incluye en los desordenes públicos la sustracción de materiales de comunicación, transporte y abastecimiento de aguas; Ley de 9 de mayo de 1950 de encubrimiento y receptación; Ley de 17 de julio de 1951 se castiga la omisión del deber de socorro; Leyes de 7 de abril se integra la omisión del delito de allanamiento y 20 de diciembre de 1952 el perdón del ofendido en los delitos de honestidad; Ley de 30 de marzo eleva la cuantía entre el delito y la falta en delitos contra la propiedad y Decreto de 14 de marzo de 1954; Ley de 22 de marzo de 1957; Ley de 24 de abril de 1958, modifica penas sobre prescripción y falsedades; Vid. PECES BARBA, G./FERRER SAMA, A./VIADA L. PUIGCERVER, C., En “*Legislación española. Leyes Penales*”. *Concordadas, anotadas y con índices completísimos*. Editorial Lex. Segunda Edición. Madrid 1963. Pág. 657.; En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁷² Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., En “*La reforma penal en España*”. Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983. Vol. I, núm. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, Pág. 4; Cfr. SANTA-CECILIA GARCÍA, F., En su sistema fundamental, definiciones y reglas, data del Código Penal de 1848, si bien algunos preceptos son de 1870 y el mayor número corresponde al Código de 1928, como las Leyes de Seguridad del Estado, terrorismo, tenencia de armas; se suprimen las alusiones al régimen republicano de 1932; se depuran erratas, antinomias y errores técnicos evitando extranjerismo en el lenguaje. En “*Delito de Daños. Evolución y Dogmática. Artículo 263 Código Penal*”. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁷³ Texto Refundido de 1944, cit. artículo 2 “*En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley, se abstenga de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley*

formal, y en exclusividad, a la Ley corresponde la creación de delitos y penas. El Juzgador, tiene establecida, la función de interpretar y de revelar el contenido o núcleo latente en la norma y la adaptación del reproche abstracto definido, al supuesto de hecho, al juicio de culpabilidad y a las circunstancias concretas.¹⁷⁴

La consagración del principio de retroactividad de leyes penales favorables al reo, se encuentra en el artículo 24 *“Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena”*. Exige aplicabilidad inmediata de normas penales favorables, sin superar el período de *vacatio legis*. Remite, la retroactividad al momento de publicación y no a la entrada en vigor.¹⁷⁵

Garantía de penal (art. 49) *“A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido, se hallare señalada por la Ley”*; Garantía de ejecución (art. 81) *“Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*

El artículo 100, regula la redención de penas por el trabajo, beneficios penitenciarios, que posteriormente ha sido de gran trascendencia, por la interpretación jurisprudencial realizada sobre esta institución, por el Tribunal Supremo, en 2006 que ha dado lugar a la llamada Doctrina Parot.¹⁷⁶

resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”.

Por Orden de 14 de abril de 1966 se dispuso que en estos casos deben proponer siempre no solo la rebaja o conmutación de la pena que a su juicio proceda en el caso de la exposición, sino el grado y extensión en que deba comprenderse debiendo al mismo tiempo acompañar a la exposición copia certificada de la sentencia que ha dado ocasión a la consulta.

¹⁷⁴ Cfr. ANTÓN ONECA, J., En STS de 13 de octubre de 1967. El principio de legalidad está consagrado en los artículos 1, 2 y 23 del Código Penal y también reconocido en el artículo 17 del Fuero de los Españoles. En *“El Código Penal de 1870”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXIII. Fascículo 2. Ob. Cit. Pág. 100.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., La reserva de Ley, que establece el Texto Refundido el Gobierno se asegura un poder legislativo sumiso, donde el Ejecutivo, a través de las correspondientes reformas del Código mediante legislación especial por Decreto-Ley, vinculaba necesariamente en cada momento, según la conveniencia política al Poder Judicial. En *“El Principio de Legalidad Penal”*. Ob. Cit. Pág. 98

¹⁷⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, F F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En *“Comentarios al Código Penal.”* Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Editorial Aranzadi. Quinta Edición. Madrid 2008. Pág. 70 y ss.

¹⁷⁶ Texto Refundido de 1944, cit. artículo 100 *“Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional”*. Esta institución proviene del Código Penal Militar de 1890, para suavizar las largas penas privativas de libertad por rebelión militar. El código lo incorpora y permanecerá, hasta la ser suprimido por el Código Penal de 1995. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág.116.

2.7.2 FUERO DE LOS ESPAÑOLES

Promulgado con fecha 18 de julio de 1945, define derechos y deberes de los españoles y ampara sus garantías. Es una de las ocho leyes fundamentales promulgadas durante la dictadura franquista, presentada como declaración de derechos y deberes.¹⁷⁷

Consta de 36 artículos repartidos en Título preliminar y dos Títulos.¹⁷⁸ Legalidad, garantía jurisdiccional e irretroactividad de las leyes son reconocidos, expresamente, en el artículo 19, “*Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado*”.¹⁷⁹

2.7.3 CÓDIGO PENAL.TEXTO REVISADO DE 1963

La Comisión General de Codificación realizó un índice de anomalías del Código, a partir del año 1953. La necesidad de revisar el Código, atendiendo a deficiencias apuntadas por la jurisprudencia se materializó con el Anteproyecto de reforma, que allanó la futura redacción de la modificación, a través de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961. El Texto Revisado, según Ley de Bases y Decreto 168/1963 afecta a la actualización de las cuantías del Código y leyes penales especiales.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Las ocho leyes fundamentales promulgadas durante son: Fuero del Trabajo de 1938, Ley de Creación de las Cortes Generales de 1942, Fuero de los Españoles de 1945, Ley del Referéndum nacional de 1945, Ley de la Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, Principios del Movimiento Nacional de 1958, Ley Orgánica del Estado 1967 y Ley Para la Reforma Política 1977.

¹⁷⁸ Fuero de los Españoles, cit. Título Preliminar contiene un artículo en el que se proclama el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana. El Título I “*De los Derechos y Deberes de los españoles*” contiene los artículos 2 a 32 y reconoce una serie de derechos y deberes. El Título II “*Del ejercicio y garantía de los derechos*” limita los derechos proclamados en el título anterior cuando se atente contra la unidad espiritual, nacional y social de España. Entre los derechos que reconoce se encuentran: igualdad, honor, educación, religión, participar en la función pública, la libertad de expresión, fijar libremente la residencia, la inviolabilidad del domicilio salvo con mandato de la Autoridad y en los casos que establezcan las leyes, reunión y asociación para fines lícitos la libertad, secreto de la correspondencia, la seguridad jurídica, la legalidad e irretroactividad, trabajo y propiedad privada. Como deberes establece ser fiel a la Patria, contribuir con las prestaciones en interés de la Nación y sostener las cargas públicas. Reconoce la familia como institucional nacional.

¹⁷⁹ Texto Refundido de 1944, modificado por Ley Orgánica de Estado de 10 de enero de 1967, aprobada por Decreto 779/1997 de 20 de abril. BOE nº 95 de 21 de abril.

¹⁸⁰ La Ley de bases (BOE de 2 de febrero de 1963), consta de 5 artículos, que desarrollan: el primero, en su apartado a), los artículos del Código Penal que se redactan íntegramente: b) otros cuya modificación se reduce a algunos de sus párrafos y finalmente en c) y d) los artículos que quedan sin contenido y las alteraciones en el mismo Cuerpo penal; el artículo segundo contiene las variaciones introducidas en el Código que hacen referencia a la cuantía de las multas y llevadas a cabo en cumplimiento de la base primera: el artículo tercero se refiere a las modificaciones de las cuantías establecidas en las leyes penales

El Decreto 691/1963 de 28 de marzo promulga el texto íntegro que contiene 604 artículos (BOE nº 84 de 8 de abril de 1963). Las referencias al principio de legalidad, sus garantías, principio de irretroactividad (art. 1, 2 y 23) y retroactividad (art. 24), figuran con la misma redacción que su predecesor.

CUELLO CALÓN apunta que el contenido del artículo 24 se determina por la pena principal y no por la accesoria. No limita el efecto retroactivo, en lo más beneficioso al reo, ni impide, por tanto la simultánea aplicación de los preceptos favorables de ambos códigos, del derogado y del vigente.¹⁸¹

Antes de la reforma sufrida por el Código Penal en 1973 fue modificado y complementado, por un gran número de leyes.¹⁸²

2.7.4 LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL

Ley 16/1970 de 4 de agosto, vino a derogar la Ley de Vagos y Maleantes y contiene 35 artículos, siete Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales. Ley polémica, por considerarla contraria a los derechos humanos e ineficaz para la rehabilitación de los marginados. El concepto de peligrosidad social se reconduce a

especiales que se citan en el artículo segundo de la Ley: el cuarto contiene las variaciones introducidas en la Ley de Vagos y Maleantes en cumplimiento de lo dispuesto en el mismo artículo segundo párrafo segundo y tercero y finalmente, el quinto, las alteraciones introducidas en la redacción del articulado del Código Penal como consecuencia del mandato de la base diecinueve de proceder a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y a la corrección en los artículos que lo exijan. Entre las leyes penales especiales que fueron modificadas están Ley de 26/06/1878 sobre ejercicios peligros de los menores; Ley 19/09/1896 sobre protección de pájaros insectívoros; Ley de 16/05/1902 de caza; Ley de 04/08/1933 de vagos y maleantes; Ley 26/10/1939 sobre aparcamiento y elevación de precios y Ley 09/05/1950 sobre circulación y uso de vehículos de motor; Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

¹⁸¹ Cfr. CUELLO CALÓN, E., Conforme al beneficio establecido en el presente artículo, en relación a la reincidencia, ésta dejará de apreciarse cuando el delito por el que fue condenado, anteriormente, el culpable haya dejado de serlo. La declaración de no ser posible estimar la prescripción de la reincidencia, establecida por el artículo 3 del Decreto 14 noviembre de 1925 derogado por el Código Penal de 1932, no significa retroactividad penal perjudicial, pues la reincidencia no tiene vida legal hasta la realización del segundo delito y no es dable estimar la adquisición de derechos por el culpable, en lo que se refiere a la aplicación de la pena, antes de haberse realizado ese segundo delito del que es consecuencia la sanción penal. En *“Código Penal. Texto revisado de 1963”*. Editorial Bosch. 1963 Pág. 80 y 81.

¹⁸² Reformado, por Ley de 21 de diciembre de 1965, que dio nueva redacción al artículo 222 (huelgas punibles) y por Ley 3/1967 de 8 de abril, modificó e introdujo hasta 56 artículos, afectando principalmente al Libro II y III e introduce la pena de privación del permiso de conducción, para lo que fueron modificados los artículos correspondientes a la escala general de penas, 27, 28 y 70 CP. El anteproyecto de Código de 1969 pretende modificar, el Código, en lo relativo a delitos contra la corona y la protección del Jefe de Estado y a su sucesor, introducir el delito de genocidio y reforzar la represión del tráfico de estupefacientes. Éste se convirtió en proyecto en Consejo de Ministros de 30 de abril de 1971 y se remitió a Cortes con algunas variaciones. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ A., En *“Derecho Penal Español”* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 118 y ss.

peligrosidad criminal, para evitar la inseguridad jurídica.¹⁸³ Los estados peligrosos quedan recogidos en el artículo 2 con una enumeración de aquellos que por su actividad pueden ser declarados en dicho estado.¹⁸⁴

La ley establece medidas de seguridad para ser cumplidas por los que se encuentran en alguno de los estados peligrosos que se describen. Entre estas medidas se describen: privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de derechos, pecuniarias, reeducativas, curativas y de reprensión judicial. En caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad se ejecutará preferentemente la pena. También establece la prescripción de medidas de seguridad.¹⁸⁵ Fue derogada por la Ley 10/1995 de 23 de noviembre (Disposición Derogatoria Única. Punto c).

2.7.5 CÓDIGO PENAL. TEXTO REFUNDIDO 1973

Ley 44/1971 de 15 de noviembre, dio lugar a una nueva edición del Código para acomodar la legislación penal española a otras modificaciones de derecho interno e internacional, cuya edición tardía aparece en 1973.¹⁸⁶

¹⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ A., Es preciso que se pueda inferir del género de vida una alta probabilidad de que en el futuro cometa algún delito. En *"Derecho Penal Español"* PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 1004 y ss.

¹⁸⁴ Entre otros, vagos habituales, quienes favorezcan o faciliten la prostitución y responsables de locales donde se realicen éstas actividades, quienes promuevan o favorezcan el tráfico de cualquier material pornográfico o hagan apología, así como encargados de locales donde se desarrollen estas actividades, mendigos habituales o exploten con ese fin a menores, enfermos etc., ebrios y toxicómanos habituales, quienes promuevan o favorezcan el consumo de drogas tóxicas estupefacientes o regenten establecimientos donde se sean sustancias indicadas, quienes se comporten de manera insolente, brutal o cínica con perjuicio a animales, plantas o cosas, aquellos integrados en bandas o pandillas que manifiesten predisposición delictiva, los que porten armas u objetos de intimidación o coacción, los que de manera habitual o lucrativa faciliten la entrada o salida en el país del quienes no están autorizados para ello, los condenados por tres o más delitos".

¹⁸⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA JM/SERRANO GÓMEZ, A., Prescriben a los diez años las medidas en establecimiento de custodia o de trabajo, a los cinco los internamientos en asilos curativos de templanza y reeducación o sumisión a vigilancia de delegados, a los tres cualquier otro caso. En *"Derecho Penal Español"*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 1017 y ss.

¹⁸⁶ Vid. SAINZ CANTERO, JA., Publicada en BOE nº 274 de 16 de noviembre de 1973. Código Penal. Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre. La reforma afectó, fundamentalmente a: protección penal de la persona y derechos del sucesor a la jefatura del Estado, a fin de darle una protección especial, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, protección penal de libertad religiosa e infracciones patrimoniales. En *"Lecciones de Derecho Penal"*, Parte General. Introducción. Volumen I. Editorial Bosch. 1979. Pág. 262; También RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., El 30 de abril de 1971, año y medio tras el anteproyecto de 1969, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de justicia, acordó remitir a las Cortes un Proyecto, que se publicó en el BOC 1º de julio de 1971 (número 1.154). La reforma afecta a 27 artículos, para acomodar las leyes penales a lo establecido en otras leyes internas de reciente promulgación, lo convenido en tratados internacionales suscritos por España, y en general, a la realidad social siempre en evolución y conveniencia, de perfeccionar en lo posible, el sistema. Reduce el número de disposiciones penales que vagan fuera del Código, favorece la

Legalidad, irretroactividad y retroactividad se reconocen, al igual que en el Texto refundido de 1944, sin sufrir modificación alguna.¹⁸⁷

La Ley 39/1974 de 28 de noviembre elevó el límite mínimo de la multa como pena grave y la cuantía de las penas de multa.¹⁸⁸

El problema de la aplicación retroactiva recogida en el artículo 24 ha sido motivo de diferentes pronunciamientos en relación al momento de aplicación que consta en el precepto “*aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena*”. Conforme a lo establecido sería aplicada la retroactividad favorable, desde la publicación y no debemos esperar al momento de la entrada en vigor de la ley. Sin embargo la jurisprudencia negaba efectos retroactivos a las leyes penales favorables al reo en “*vacatio legis*”.¹⁸⁹

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, mantienen que la expresión “*las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta*” ofrece un argumento literal para deducir que cabría efectuar una aplicación fraccionada de ambas leyes en sucesión.¹⁹⁰

Esta reforma reduce el número de disposiciones penales que se encontraban fuera del Código, promueve la rehabilitación del delincuente y concede más arbitrio judicial.¹⁹¹

Con carácter previo a la promulgación de la Constitución y motivada, en parte, por la fiebre legislativa consecuencia del cambio político y la instauración de la

rehabilitación del delincuente, da mayor amplitud a la tutela de diferentes confesiones religiosas. En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 123 y ss.

¹⁸⁷ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El poder legislativo se concentra en manos del Gobierno (en manos del General Franco) y la punición de las conductas contrarias a los intereses de los que así gobernaban. En “*El Principio de Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 98

¹⁸⁸ En concreto los artículos referentes al delito y a la falta de daños fueron elevando su cuantía. “Reformas penales en 1974” en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia núm. 1039. Madrid 5 de diciembre de 1975.

¹⁸⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G/ MORALES PRATS, F F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En este sentido se pronunciaron varias Sentencias del Tribunal Supremo, basadas en la idea de que no es posible otorgar eficacia retroactiva a las leyes penales en “*vacatio legis*, pese a estar ya publicadas en el BOE, por carecer de existencia legal completa, que sólo se genera una vez transcurrido el referido período. STS de 4 de febrero de 1966, de 12 de febrero de 1966, de 05 de octubre de 1966, de 13 de marzo de 1976, de 14 de marzo de 1976 de 07 de febrero de 1979 y de 07 de abril de 1980. En “*Comentarios al Código Penal*.” Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Ob. Cit. Pág. 70 y ss.

¹⁹⁰ Vid. CÓRDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M., En “*Comentarios al Código Penal*” Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Editorial Marcial Pons. 2004. Pág 20.

¹⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 125 y ss.

Monarquía, se produjeron múltiples modificaciones, que no respetaron, en muchos casos, la viabilidad y exigencias de técnica legislativa.¹⁹²

2.8 CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN ENTRE 1978 Y 1995

2.8.1 CONSTITUCIÓN DE 1978

La muerte del General Franco, en 1975, sienta las bases del cambio político. La proclamación de Juan Carlos I de Borbón, como Rey, instaurando la monarquía, supone el inicio del cambio político en España.

Los primeros pasos legislativos, se encaminan a modificar: derecho de reunión, ley de asociaciones políticas y Código Penal, con el objetivo de despenalizar actividades relacionadas con esos derechos.¹⁹³

El preámbulo de la democracia, comienza con la Ley de Reforma Política, expresión de la voluntad soberana del pueblo e inviolabilidad de los derechos fundamentales, que permite a las Cortes revisar la estructura del Estado.¹⁹⁴

La celebración de elecciones a Cortes y el nombramiento de representantes parlamentarios, abonaron el camino para redactar la Constitución, aprobada en referéndum el 6 de diciembre de 1978.¹⁹⁵ Contiene 169 artículos, repartidos en diez

¹⁹² Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto sobre prevención del terrorismo; Decreto-Ley 2/1976 de 18 de febrero para la competencia con la jurisdicción militar; Decreto-Ley de 29 de julio de 1977, concesión de libertad condicional; Decreto-Ley 21/1978 de 30 de junio delitos cometidos por “grupos o bandas armadas”; Ley 56/1978 de 4 de diciembre para regular la detención; Decreto-Ley 45/1978 de 21 de diciembre que sustituye la pena de muerte, por reclusión mayor; Ley 26 de diciembre de 1978 de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

¹⁹³ Vid. DÍEZ PICAZO, LM/ELVIRA PERALES, A., La ley que regula el derecho de reunión exigía la previa autorización para las reuniones celebradas en lugares abiertos. La ley de asociaciones políticas exigía la constitución de una asociación y su comunicación al Ministerio de Gobernación. El Código Penal modificado invocaba la “moral pública” como causa para declarar la ilicitud. En *“La Constitución de 1978”*. Dirigida por Miguel Artola. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid 2008. Pág. 20.

¹⁹⁴ La Ley de Reforma Política, Ley 54/1976 de 4 de diciembre fue aprobada el 15 de diciembre de 1976 mediante referéndum popular. Establecía unas Cortes bicamerales en las que el Congreso sería elegido por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad, mientras que el Senado representaría a las entidades territoriales. A lo que se unió la legalización del Partido Comunista de España en abril de 1977 y la renuncia por D. Juan de Borbón a sus derechos dinásticos en mayo de 1977, a favor de su hijo. Cfr. DÍEZ PICAZO, LM/ELVIRA PERALES, A., En *“La Constitución de 1978”*. Dirigida por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 20 y ss.

¹⁹⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO, LM/ELVIRA PERALES, A., La Comisión de Asuntos Constitucionales, acordó crear una ponencia encargada de redactar el borrador constitucional del que formaban parte: Gabriel Cisneros, José Pedro Pérez Llorca, Miguel Herrero Rodríguez de Miñón (UCD) Gregorio Peces Barba (PSOE), Manuel Fraga Iribarne (AP) Jordi Solé Tura (PCE-PSUC) y Miguel Roca Junyent (CIU). Los debates se inician en mayo del 78 en la Comisión Constitucional del Congreso, ante 3.100 enmiendas. En julio se inician sesiones plenarias del Congreso para debatir el texto constitucional. Al Senado se

Títulos más el preliminar.¹⁹⁶ España se constituye en Estado Social y Democrático de Derecho, asentado en el principio de legalidad, cuya forma política es la Monarquía Parlamentaria.

La soberanía nacional reside en el pueblo.¹⁹⁷ Recoge procedimientos para la organización territorial del Estado, como la constitución de 1931.¹⁹⁸ La reforma del texto es rígida por los requisitos y solemnidades establecidos, evitando tramitarse vía procedimiento ordinario. Tiene influencias del derecho comparado, en concreto de Constituciones alemana, italiana y francesa, con amplia tradición propia.¹⁹⁹

presentan 1254 enmiendas. Temas conflictivos fueron: modelo de enseñanza, posición del Estado con Iglesia Católica, derecho a la vida y organización territorial del Estado. Aprobado el texto en Senado, se creó la Comisión Mixta Congreso-Senado compuesta por Alfonso Guerra, José Pedro Pérez LLorca, Miquel Roca Junyent, Jordi Solé Tura y los senadores Fernando Abril Martorell, Antonio Jiménez Blanco, Francisco Ramos Fernández-Torrecilla y José Vida Soria que dio lugar al texto definitivo. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1978. “La Constitución de 1978”. Ob. Cit. Pág. 24 y ss.; En el ámbito legislativo, se aprobaron la Ley de partidos políticos para ajustarse a la Constitución (Ley 54/1978 de 4 de diciembre) y la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos de la persona, para supuestos de vulneración de estos derechos (Ley 62/1978 de 26 de diciembre). En “La Constitución de 1978”. Dirigida por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 22 y ss.

¹⁹⁶ Constitución española de 1978, cit. Título Preliminar contiene artículos 1 a 9; Título I “*De los derechos y deberes fundamentales*”, artículos 10 a 55; Título II “*De la Corona*” artículos 56 a 65; Título III “*De las Cortes Generales*” artículos 66 a 96; Título IV “*Del Gobierno y de la Administración*” artículos 97 a 107; Título V “*De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales*” artículos 108 a 116; Título VI “*Del Poder Judicial*” artículos 117 a 127; Título VII “*Economía y Hacienda*” artículos 128 a 136; Título VIII “*De la organización territorial del Estado*” artículos 137 a 158; Título IX “*Del Tribunal constitucional*” artículos 159 a 165; Título X “*De la reforma constitucional*” artículos 166 a 169; 5 Disposiciones adicionales; 9 Disposiciones Transitorias; 1 Disposición Derogatoria y 1 Disposición final.

¹⁹⁷ Principal contenido del texto constitucional: Corona hereditaria. El Rey es Jefe del Estado y representa la unidad y permanencia, no dirige el poder ejecutivo, pero sanciona y promulga las leyes; Cortes formadas por dos Cámaras: Congreso de los Diputados y Senado que desarrollan una importante función en materia de tratados internacionales; Respecto a la potestad legislativa, las leyes orgánicas deben ser aprobadas por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del texto, dotando de una especial rigidez a las materias que se regulan bajo este tipo de leyes; Poder ejecutivo depende del Gobierno, compuesto por Parlamento y Ministros. Las decisiones de políticas interior y exterior deben ser adoptadas en Consejo de Ministros; Control, al Gobierno a través de la “*moción de censura*” y las “*cuestiones de confianza*” tiene potestad reglamentaria autónoma sobre materias no reservadas a la ley y potestad reglamentaria de ejecución en los casos previstos, puede aprobar disposiciones con fuerza de ley como el decreto legislativo, y el decreto-ley; Poder Judicial, emana del pueblo cuyo órgano de gobierno es el Consejo General del Poder Judicial, basado en los principios de unidad y de exclusividad; Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior, en todos los órdenes, salvo en las materias bajo competencia del Tribunal Constitucional, limitadas a salvaguarda de la Constitución, defensa de los derechos y libertades fundamentales, control de constitucionalidad de leyes, y resolución de conflictos entre el Estado y Comunidades Autónomas o estas entre sí y lo que le sea atribuido por Constitución y Leyes orgánicas.

¹⁹⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, LM/ELVIRA PERALES, A., El proceso para la autonomía, comienza con la constitución de la Comunidad Autónoma, formada por una o varias provincias, mediante la elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía. Éste debe regular instituciones políticos-administrativas y competencias asumidas y su constitución y modificación debe hacerse con la voluntad coincidente del territorio interesado y el legislador estatal, mediante ley orgánica. Las competencias quedan establecidas en cada Estatuto, subordinados a la Constitución. La elaboración del Estatuto figura en los artículos 143 y 151 del texto constitucional. En “La Constitución de 1978”. Dirigida por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 47.

¹⁹⁹ Vid. DÍEZ PICAZO, LM/ ELVIRA PERALES, A., El régimen jurídico de los derechos fundamentales, recogido en el Título I, junto con la estabilidad gubernamental, incluida la moción de

Principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de los poderes públicos, constan reconocidos en el artículo 9.3, dentro del título preliminar. La retroactividad de las normas, es reconocida, a excepción de “*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”, a sensu contrario.

La irretroactividad se proclama en artículo 25.1, “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*”²⁰⁰

A raíz de la promulgación de la Constitución era necesario adecuar la legislación penal, en la medida de lo posible, a los nuevos valores establecidos en el texto constitucional. Existieron varios proyectos, si bien, no será hasta 1995 cuando se promulgue el vigente Código Penal.²⁰¹

censura constructiva y los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes y de protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, son influencia alemana. En cuanto a la influencia italiana lo es el sistema de fuentes del derecho y el gobierno del Poder Judicial. La influencia francesa puede verse en la figura de las leyes orgánicas. La institución de la corona es influencia de nuestra tradición, con importantes modificaciones acorde al tiempo de su promulgación, al igual que el principio de unidad y jurisdicción del Poder Judicial y por supuesto la organización territorial del Estado con un claro precedente en la Constitución de 1931 (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870) En “*La Constitución de 1978*”. Dirigida por Miguel Artola. Ob. Cit. Pág. 58.

²⁰⁰ El análisis de estos dos artículos será objeto de estudio en el Capítulo III.

²⁰¹ El Ministerio de Justicia, nombró una ponencia, encargada de preparar el Anteproyecto de Código Penal, en abril de 1976. La técnica legislativa utilizada en la redacción del proyecto de 1980 ha sido puesta en tela de juicio por la mayor parte de la doctrina. La extensión de su articulado, 688 artículos, unido a la falta de planteamientos multidisciplinarios y rigor científico, lograron un proyecto carente de materialización.

Principio de legalidad con garantías criminal, penal y principio de irretroactividad se reconocen en el artículo 1 “*No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración, ni sancionada con pena distinta a la que se halle igualmente establecida*”. La garantía judicial, modifica del texto, la palabra “*hecho*” por “*acción u omisión* (art. 2.1). “*No podrá ejecutarse pena sino en virtud de sentencia firme dictada por Tribunal competente*”. Garantía de ejecución contenida en artículo 2.2 “*Tampoco podrá ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con las circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*” Principio de retroactividad reconocido en el artículo 6 del proyecto “*No obstante, las leyes penales posteriores tendrán efecto retroactivo, en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al entrar en vigor aquéllas hubiere recaído sentencia y el penado estuviese cumpliendo la condena*”. Esta fórmula varía el momento en que se aplica la norma retroactivamente, la entrada en vigor, mientras hasta ese momento se tenía en cuenta el momento de publicación, con el consiguiente perjuicio al reo, en caso de leyes más beneficiosas, al tener que esperar la “*vacatio legis*” El artículo 134 en relación a aplicación retroactiva de medidas de seguridad “*las disposiciones que regulen medidas de seguridad, se aplicarán con carácter retroactivo, salvo que resulten más restrictivas de los derechos individuales del sometido a ellas*” establece, la regla general de la retroactividad y como excepción la irretroactividad. Las leyes temporales, son irretroactivas, según el artículo 6 párrafo 3 “*Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, en todo caso conforme a ésta*”.

El proyecto de 1983, otorga al principio de legalidad una redacción prácticamente exacta al de 1980, tan sólo modifica el término “*igualmente*” por “*legalmente*” (art. 1). El artículo 2 añade “*nadie*

2.8.2 LEY ORGÁNICA 8/1983 DE 25 DE JUNIO DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL

La presente reforma viene marcada por los adjetivos, urgente y parcial. El primero por existir inadecuación entre el Código Penal que se reforma y el sistema de valores dominantes en la sociedad española del momento, reconocidos en la Constitución; y parcial, porque la reforma total se relega a un proyecto posterior de Código Penal.²⁰²

España es un Estado de Derecho, asentado en los principios de culpabilidad y concreción del hecho, plasmada esta situación en el texto punitivo; marca la diferencia entre moral y derecho; humaniza el sistema de penas; profundiza en legalidad y taxatividad; y se ajusta a valores de Política Criminal.²⁰³

Principio de legalidad consta en el art. 1 que es modificado para suprimir el término “voluntarias”. *“Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley”*.²⁰⁴

Irretroactividad y retroactividad normativa (art. 23 y 24), no fueron modificadas y mantienen la misma redacción desde el texto de 1944.

puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen con anterioridad legalmente establecidas ni para supuestos distintos de los expresamente señalados por las leyes”. Garantía judicial, en artículo 2.1 contiene la misma redacción que el proyecto de 1980. La garantía de ejecución se contiene en artículo 2.2, variando ligeramente la redacción (...y los reglamentos que la desarrollen, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto). Principio de retroactividad, reconocido en artículo 5.1 *“Los delitos y faltas serán juzgados, de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su comisión. Del mismo modo las disposiciones que regulan las medidas de seguridad no se aplicarán retroactivamente.*

Respecto de las leyes temporales, este proyecto en su artículo 5.1.3 se pronuncia en el mismo sentido, que el proyecto anterior, al tener en cuenta la aplicación de la ley en el momento de comisión.

Dos proyectos de código Penal posteriores fueron el de 1990 y 1992, cuyo tratamiento del principio de legalidad e irretroactividad no se desmarca de los proyectos anteriores.

²⁰² Cfr. SAINZ CANTERO, JA., En *“Reflexión de Urgencia sobre la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal”*. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen VII. 1994. Pág. 402.

²⁰³ Vid. SAINZ CANTERO, JA., Entre las primeras se encuentran aquellos que dan protección penal a determinadas libertades públicas, como la libertad religiosa, la libertad sindical, de huelga y de acceso a los tribunales y las que dispensan tutela penal al principio constitucional de igualdad de todas las personas ante la ley, al de solidaridad, e intimidad personal; entre las segundas, se acaba con los supuestos de responsabilidad objetiva; la despenalización de la esterilización es causa de la tercera; del cuarto son manifestaciones la atenuación de las penas, supresión de mecanismos que permitan agravar las penas a los Tribunales y mayor posibilidad de reducir la ejecución de las penas privativas de libertad; se recorta el arbitrio judicial para fortalecer el principio de legalidad y taxatividad; algunos principios de política criminal son la intervención mínima del hecho, individualización de la pena. En *“Reflexión de Urgencia sobre la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal”*. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. VII. Ob. Cit. Pág. 402 y ss.

Publicada en BOE nº 152 de 27 de junio, no establece su entrada en vigor y rige, por tanto, la norma general del artículo 2.1 del Código Civil, 20 días desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

²⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Facilita un resumen breve sobre las interpretaciones del término voluntarias, dadas por la doctrina penal española del artículo 1. En *“Derecho Penal”* Parte General I. Editorial Civitas. Madrid 1978 Pág. 200 y ss.

Eleva cuantías en un gran número de delitos y faltas, lo que provocó un régimen transitorio amplio, para regular esta situación.²⁰⁵

La Disposición Transitoria impone la nueva Ley para hechos punibles cometidos a partir de su entrada en vigor, permitiendo la aplicación retroactiva a los cometidos con anterioridad, en cuanto favorezcan al reo.²⁰⁶

En caso de sentencias firmes no ejecutables, establece de oficio la revisión, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del reo, para rectificar sentencias en que corresponda una condena más beneficiosa por aplicación taxativa de sus preceptos y arbitrio judicial;²⁰⁷ las resoluciones adoptarán la forma de auto, susceptible de apelación o casación, (sólo admisible por infracción de Ley); para sentencias no firmes, pendientes de apelación, el Ministerio Fiscal o las partes pueden invocar la nueva Ley, previamente a dictarse sentencia, que el Juzgado debe apreciar de oficio; para casación, no formalizada, el recurrente puede invocar las disposiciones más favorables; cuando la casación haya sido formalizada, se dará traslado al recurrente, de oficio para informe.

2.8.3 LEY 3/1989 DE 21 DE JUNIO DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La importante reforma de 1983 no calmó las ansias legislativas y permitió un amplio listado de modificaciones y complementos al texto punitivo.²⁰⁸ Esta reforma

²⁰⁵ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., El artículo 5 Ley 8/1983 dispone las modificaciones a los límites económicos, cuantías de multas y cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad del objeto del hecho punible en los artículos que expresamente se indican. En *"Delito de Daños. Evolución y Dogmática. Artículo 263 Código Penal"*. Ob. Cit. Pág. 48 y ss.

²⁰⁶ La Fiscalía General del Estado en la circular 2/1983 con relación al régimen transitorio de la LO 8/1983 manifiesta: Es incongruente que la ley penal más favorable, que regirá por la vía de la retroactividad todos los hechos realizados durante el plazo de «vacatio», no pueda alcanzar los efectos beneficiosos que se desprenden de su propio contenido desde el mismo momento de su publicación, dilatando innecesariamente una realidad penal y penitenciaria cuya solución no puede demorarse y a la que hace referencia la Exposición de Motivos de la propia Ley. Pág. 443 y ss. En este sentido QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, F F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En *"Comentarios al Código Penal."* Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Ob. Cit. Pág. 70.

²⁰⁷ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., El juez o tribunal que rectifique ha de atenerse a la ley, pues una paliación incorrecta en base al arbitrio judicial es recurrible en apelación o casación. Se tendrán en cuenta reincidencia y antecedentes penales, para la aplicación retroactiva. En *"Derecho Penal Español"*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 213.

²⁰⁸ Ley Orgánica 7/1982 de 13 de julio de contrabando; Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación; Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre sobre tipificación penal de colocación ilegal de escuchas telefónicas; Ley Orgánica 4/1985 de 21 de marzo sobre extradición pasiva; Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen electoral general; Ley Orgánica 9/1985 sobre el aborto; Ley Orgánica 14/1985 modificación del Código Penal conforme al Código Penal Militar; Ley Orgánica

pretende ajustar el sistema penal positivo al principio de mínima intervención y con ello la reducción del Libro III del Código Penal.²⁰⁹

No fueron objeto de reforma o modificación, por esta ley principio de legalidad, de irretroactividad y de retroactividad. Las Disposiciones Transitorias, remiten a los Juzgados de Distrito, el enjuiciamiento de las indemnizaciones por daños causados en accidentes de circulación y vehículos a motor y en base a la despenalización de determinados delitos, regula la tramitación de la responsabilidad civil y las costas, salvo, expresa renuncia del perjudicado, en que procederá el archivo.

2.8.4 LEY ORGÁNICA 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, aprueba un nuevo Código Penal, que se adaptará a los valores y principios básicos de la convivencia social actual y pone fin a un amplio listado de reformas del texto punitivo.²¹⁰

2/1986 de 13 de marzo sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Ley Orgánica 2/1987 de 18 de mayo de conflictos jurisdiccionales; Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre; Ley Orgánica 7/1987 de 11 de noviembre de reforma del Código en materia de incendios; Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, de reforma del Código en materia de drogas; Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas; Ley Orgánica 5/1988 de 9 de junio.

²⁰⁹ BOE N° 148 de 22 de junio de 1989. Modifica artículos 566 a 600 y 602. El delito de lesiones, consecuencia de la reforma de las faltas y la línea divisoria entre delito y falta es modificado para centrarse en modo y forma de causar la lesión; suprime el homicidio en riña tumultuaria e incrimina la participación en riña; modifica delitos contra la libertad sexual, pasando a obtener esta denominación, frente a la anterior “delitos contra la honestidad”; castiga el impago de prestaciones económicas establecidas en convenio o resolución judicial, el abandono de menores y su utilización para la mendicidad. Por último introduce el delito de conducción temeraria y eleva los límites económicos y las cuantías de determinados delitos.

²¹⁰ BOE N° 281 de 24 de noviembre, páginas 33987 a 34058. Consta de 639 artículos. Título Preliminar “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal” artículos 1 a 9. Libro I “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal” contiene VII Títulos y 137 artículos. Título I “De la infracción penal” artículos 10 a 26; Título II “De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas” artículos 27 a 31; Título III “De las penas” artículos 32 a 94; Título IV “De las medidas de seguridad” artículos 95 a 108; Título V “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas y de las costas procesales” artículos 109 a 126; Título VI “De las consecuencias accesorias” artículos 127 a 129; Título VII “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos” artículos 130 a 137; Libro II “Delitos y sus penas” Contiene XXIV títulos y 487 artículos. Título I “Del homicidio y sus formas” artículos 138 a 143; Título II “Del aborto” artículos 144 a 146; Título III “De las lesiones” artículos 147 a 156; Título IV “De las lesiones al feto” artículos 157 y 158; Título V “Delitos relativos a la manipulación genética” artículos 159 a 162; Título VI “Delitos contra la libertad” artículos 163 a 172; Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” artículos 173 a 177; Título VIII “Delitos contra la libertad sexual” artículos 178 a 194; Título IX “De la omisión del deber de socorro” artículos 195 y 196; Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” artículos 197 a 204; Título XI “Delitos contra el honor” artículos 205 a 216; Título XII “De los delitos contra las relaciones familiares” artículos 217 a 233; Título XIII “Delitos

El principio de legalidad, en su vertiente formal, con la garantía criminal para delitos y faltas, junto a la exigencia de presupuestos establecidos previamente en la Ley, para la aplicación de medidas de seguridad, se recoge “*No será castigado ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley* (art. 1).²¹¹ La garantía penal o principio de legalidad penal se deriva del artículo 10 “*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*” en relación con el 1.1. Garantía jurisdiccional consta en el artículo 3.1.²¹² “*No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*”. La reserva jurisdiccional del principio de legalidad exige que sólo Jueces y Tribunales puedan declarar el delito e imponer la pena. La Constitución, no contiene esta reserva, sin embargo para VIVES ANTÓN, se desprende del examen de los artículos 24 y 25 del texto constitucional.²¹³ Garantía de

contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” artículos 234 a 304; Título XIV “*Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*” artículos 305 a 310; Título XV “*Delitos contra los trabajadores*” artículos 311 a 318; Título XVI “*Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y contra el medio ambiente*” artículos 319 a 340; Título XVII “*De los delitos contra la seguridad colectiva*” artículos 341 a 385; Título XVIII “*De las falsedades*” artículos 386 a 403; Título XIX “*De los delitos contra la Administración pública*” artículos 404 a 445; Título XX “*constitución*” artículos 472 a 543; Título XXII “*Delitos contra el orden público*” artículos 544 a 580; Título XXIII “*De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional*” artículos 581 a 604; Título XIV “*Delitos contra la comunidad internacional*” artículos 605 a 618; Libro III “*Faltas y sus penas*” Contiene V título y 23 artículos; Título I “*Faltas contra las personas*” artículos 617 a 622; Título II “*Faltas contra el patrimonio*” artículos 623 a 628; Título III “*Faltas contra los intereses generales*” artículos 629 a 632; Título IV “*Faltas contra el orden público*” artículos 633 a 637; Título V “*Disposiciones comunes a las faltas*” artículos 638 y 639. Tres Disposiciones Adicionales; Doce Disposiciones Transitorias; Una Disposición Derogatoria y Siete Disposiciones Finales Las novedades que supuso este Código, se refieren al sistema de penas, tendentes a la resocialización que la Constitución establece. Se introducen delitos contra el orden socioeconómico, contra la ordenación del territorio y desaparecen algunos tipos del robo. Se regulan de manera particular los delitos contra el honor y la integridad moral. Se suprimen los beneficios de que gozaban ciertos comportamientos ilegales cometidos por los funcionarios públicos, respecto a los derechos y libertades de los ciudadanos y también se regulan nuevas formas de delitos contra la libertad sexual, entre otras modificaciones.

²¹¹ Vid. VIVES ANTÓN, TS., Las formulaciones clásicas del principio de legalidad se refieren, exclusivamente al delito y a la pena. Este texto punitivo reconoce por vez primera, el estado peligroso como presupuesto para el establecimiento de medidas, amparadas por el principio de legalidad y sus garantías formales y materiales, conforme al artículo 25 de la Constitución de 1978. En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Volumen I. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 46.

²¹² Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., La garantía penal se amplía en este Código a las medidas de seguridad y también establece la retroactividad de las leyes que establezcan medidas de seguridad. En “*El Principio de Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 100.

²¹³ Cfr. VIVES ANTÓN, TS., Se exige sentencia firme, lo que conlleva a la necesidad de una forma determinada de resolución judicial, evitando autos, providencias o diligencias de ordenación y exige que no quepa recurso frente a la sentencia, presupuesto de la imposibilidad de ejecutar provisionalmente las penas o medidas de seguridad. En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 53.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El artículo 3 del CP hay que ponerlo en relación con el artículo 1 de

ejecución, aparece recogida en el artículo 3.2 *“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*.²¹⁴

La garantía material del principio de legalidad o principio de taxatividad, obligando al legislador a redactar normas de modo claro e imponiendo a los jueces límites estrictos en el desarrollo de su labor interpretativa también se manifiesta en artículo 4: *“1. Las leyes penales no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos, expresamente en ellas. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno, las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”*

La irretroactividad penal está contenida en el texto, a través de la expresión *“No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”*. (art. 2.1). Introduce el párrafo segundo, su aplicación a las medidas de seguridad y a los estados peligros, y concreta, la garantía material del principio de legalidad, que se omite en el artículo 25.1 de la Constitución.

La retroactividad viene reconocida en la expresión *“No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”* (Artículo 2.2). El criterio básico cede a favor de la aplicación de leyes penales más favorables al reo, cuando la

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece *“No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*. En *“El Principio de Legalidad Penal”* Ob. Cit. Pág. 106.

²¹⁴ Vid. VIVES ANTÓN, TS., El tribunal competente es un juez ordinario predeterminado por la ley como establece la Constitución en su artículo 24, a quién la actuación sancionadora de la Administración está subordinada cuando de hechos constitutivos de delito se trate. En tema de competencia, los tribunales ordinarios tienen un margen importante, para adoptar la decisión que estimen, determinado por la razonabilidad de la interpretación y aplicación que hagan de las leyes procesales. En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 54.

ley nueva es más beneficiosa que la aplicable en el momento de la comisión de los hechos.²¹⁵

El régimen aplicable a las leyes temporales en materia de aplicación retroactiva, ha quedado zanjado, en este Código, impidiendo que la ley posterior más favorable afecte a hechos cometidos durante la vigencia de una ley temporal, porque de ser así hubiera perdido toda eficacia intimidatoria y quizás abierto la puerta a la especulación calculadora de los particulares.²¹⁶

2.9 REFORMAS POSTERIORES AL CÓDIGO PENAL

2.9.1 LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Desde la publicación del Código Penal, se han llevado a cabo un amplio número de reformas, en ocasiones, fruto de la rapidez con la que se legisla. En general, tratan de adecuar legislación penal y evolución social. De manera especial van a ser analizadas algunas leyes, cuyo interés, a efectos de aplicación retroactiva de las normas, es considerable.²¹⁷

²¹⁵ Vid. VIVES ANTÓN, TS., Para el Tribunal Constitucional este principio tiene carácter constitucional, aunque no se encuentre expresamente reconocido en el texto constitucional. Se aplica incluso en caso de haber recaído sentencia o encontrarse cumpliendo condena. En supuestos de penas homogéneas, no habrá lugar a dudas, pero para supuestos heterogéneos, debe en todo caso tener en cuenta la opinión del condenado, que es quien finalmente va a cumplir la condena impuesta y puede conocer la pena que le resulta más favorable a él personalmente en atención a sus circunstancias. En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 48 y ss.; DE VICENTE MATÍNEZ, R., En relación a la retroactividad favorable se plantean tres supuestos: Aplicación de la ley más favorable cuando el hecho enjuiciado se encuentra pendiente de sentencia; cuando ya hay sentencia o incluso está cumpliendo la misma y cuando ya ha sido cumplida la condena. El Código excluye la última posibilidad cuando la pena está suspendida o ejecutada. En *“El Principio de Legalidad Penal”*. Ob. Cit. Pág. 100 y ss.

²¹⁶ Cfr. IGLESIAS RÍO, MA., En *“Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley Penal. A propósito de últimas reformas de la Ley Penal”*. Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Mayo 2005. Pág.42.; VIVES ANTÓN, TS., En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 51.

²¹⁷ En al ámbito penal, han sido promulgadas, posteriormente al Código Penal de 1995, las siguientes: Ley orgánica 2/1998 de 15 de junio en relación a las contramanifestaciones; Ley orgánica 7/1998 de 05 de octubre en relación a la supresión de delitos por incumplimiento del servicio militar; Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril sobre delitos contra la libertad sexual; Ley Orgánica 14/1999 de protección a las víctimas de malos tratos; Ley Orgánica 2/2000 de 07 de enero sobre armas químicas; Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero sobre corrupción en transacciones internacionales; Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre extranjeros; Ley orgánica 5/2000 de 12 de enero sobre responsabilidad penal del menor; Ley 7/2000 de 22 de diciembre de medidas antiterroristas; Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros; Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre sobre la agilización de la justicia; Ley Orgánica 3/2002 de 22 de mayo para despenalizar el incumplimiento del servicio militar y la prestación social sustitutoria; Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre sobre sustracción de menores;

La Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, contiene legislación transitoria aplicable, por derogación de Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, aplicable hasta la entrada en vigor de Ley objeto de análisis.²¹⁸

Destinada a menores, entre 14 años y 18 años, (art.1) para exigir responsabilidades por hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o leyes penales especiales, el régimen transitorio, tiene una regulación especial, al coexistir dos regímenes procesales distintos, el regulado por LO 4/92 y el regulado por LO 5/2000, en función de las edades de los menores.²¹⁹

El objeto de la presente Ley son menores de 14 años, a quienes se exime de responsabilidad penal; menores entre 14 y 18 años a quienes va destinada esta Ley; y mayores, entre 18 y 21 años, cuyo enjuiciamiento en esta jurisdicción solo corresponde

Ley Orgánica 1/2003 de 10 de marzo contra los miembros de corporaciones en apoyo a grupos terroristas; Ley Orgánica 07/2003 sobre el cumplimiento íntegro de las penas; Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre sobre seguridad ciudadana; Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre sobre reforma del código penal; Ley Orgánica 20/2003 de 23 de diciembre sobre penalización de la convocatoria ilegal de elecciones; Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de 2004 sobre protección a la víctima en materia de violencia de género; Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio que deroga la Ley orgánica 20/2003; Ley Orgánica 4/2005 de 10 de octubre sobre explosivos; Ley Orgánica 7/2006 de 21 de noviembre sobre el dopaje en el deporte; Ley Orgánica 8/2006 sobre modificación de la responsabilidad penal del menor; Ley Orgánica 13/2007 de 19 de noviembre de 2007 sobre inmigración clandestina; Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre sobre seguridad vial; Ley Orgánica 2/2010 de 03 de marzo sobre interrupción voluntaria del embarazo; Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio sobre modificación del Código Penal; Ley orgánica 3/2011 de 28 de enero sobre régimen electoral; Ley Orgánica 7/2012 de 28 de diciembre, de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; Ley 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal; Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal en materia de terrorismo; Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

²¹⁸ BOE N° 11 de 13 de enero de 2000. Entró en vigor el 13 de enero de 2001. Ha sido modificada por LO 9/2000 de 22 de diciembre, por LO 15/2003 de 25 de noviembre y por LO 8/2006 de 4 de diciembre. Conforme a la Exposición de Motivos, era necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio para la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, (promulgada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, por STC 36/1991 de 14 de febrero. Pleno. Ponente Francisco Rubio Llorente. Fundamento de Derecho Quinto), la moción aprobada, el 10 de mayo de 1994, por el Congreso de los Diputados para mejorar el marco jurídico de protección del menor con una ley que contemple la responsabilidad penal para los menores que no hayan alcanzado la edad de responsabilidad penal establecida en el artículo 19 de la Ley 10/1995 de 23 de noviembre. Contiene 64 artículos. Seis Disposiciones Adicionales, Dos Disposiciones Transitorias y Siete Disposiciones Finales; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*que se consiga el quórum reforzado imprescindible para aprobar el CP de adultos y que no se haya podido obtener para la reforma de la legislación de menores no deja de ser una lamentable paradoja*” En “*Menores Privados de libertad*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo XV Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1996 Pág. 256.

²¹⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., El legislador, al establecer este régimen especial para exigir responsabilidad penal al menor de dieciocho años, está teniendo en cuenta determinadas peculiaridades. La inimputabilidad es resultado de un proceso de socialización, de acuerdo con conocimientos empíricos que brindan la psicología, pedagogía etc. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Octava Edición, revisada y puesta al día. Valencia 2010.

en los casos previstos en el artículo 4.²²⁰ El hecho que marca la edad de responsabilidad penal es el momento de comisión del delito.²²¹

La DT única responde a los problemas que la sucesión temporal de la norma plantea en relación con tres situaciones procesales previas: procesos de reforma de menores incoados bajo la vigencia de LO 4/1992; procesos penales de adultos no concluidos por sentencia firme a la entrada en vigor de la nueva Ley; y procesos penales de adultos, concluidos por sentencia firme condenatoria, que plantean un problema específico de revisión de penas impuestas, a quienes delinquieron durante su minoría de edad, pero cumplidos los 16 años.

El apartado primero, extiende la LO 4/1992, a hechos cometidos durante su vigencia, con imposición de las medidas previstas. Se excepcionan, medidas de reforma en ejecución o a la espera de cumplimiento, por mayores de 14 años, cuando sean consecuencia de hechos cometidos previamente a alcanzar 14 años. La declaración de irresponsabilidad penal extingue, las medidas y sus responsabilidades, por aplicación del principio de retroactividad en favor del reo.²²²

En conformidad con el apartado seis, los procedimientos, en curso, de jóvenes imputados, por hechos cometidos durante su minoría de edad serán remitidos al

²²⁰ Los requisitos exigidos en el artículo 4 de Ley LORRPM 5/2000 para su aplicación a mayores de 18 años y menores de 21 años son: que el hecho revista caracteres de falta o delito menos grave sin violencia o intimidación o grave peligro para las personas y la inexistencia de condena en sentencia firme por falta o delito menos graves, cumplidos los 18 años. Vid. ASTUDILLO ÁLVARO, MF., La Reforma 8/2006, suprimió, de manera definitiva, la posibilidad de ser aplicada a los jóvenes de entre 18 y 21 años. En *“Responsabilidad Penal de los Menores: Enfoque social, Criminológico y Político-Criminal”*. Período de investigación 2º curso de doctorado. Tutor Fernando Santa Cecilia García. Inédito. Universidad Complutense de Madrid 2009. Pág. 49.

²²¹ La Circular de la Fiscalía 1/2000 establece que el cómputo de la edad ha de efectuarse, de momento a momento, para ello, conforme al 375 LECr., cuando no bastare con el DNI, pasaporte u otro documento identificativo y subsistan dudas sobre la edad se traerá al la certificación literal de nacimiento para fijar la hora del alumbramiento. Los problemas de interpretación siempre serán resueltos a favor del menor. A efectos del delito continuado, sólo se tendrán en cuenta hechos cometidos entre 14 y 18 años para ser enjuiciados por la Jurisdicción de menores. El delito permanente se tramita por la jurisdicción de menores si el menor no ha cumplido 18 años antes del fin de los actos ilícitos. La regla del art. 132.1. 2 del CP, para el inicio del cómputo de la prescripción, se aplica a estos supuestos. Ha de atenderse, al momento de la acción u omisión. Pág. 4 y ss.

²²² LORRPM 5/2000, cit. DT Primera apartado 1 *“A los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley por los menores sujetos a la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, que se deroga, le será de aplicación la legislación vigente en el momento de su comisión. Quienes estuvieren cumpliendo una medida de las previstas en la citada Ley Orgánica 4/1992 continuarán dicho cumplimiento hasta la extinción de la responsabilidad en las condiciones prevista en dicha Ley”*. El apartado 2 dispone: *“A la entrada en vigor de la presente Ley, cesará inmediatamente el cumplimiento de todas las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992 que estuvieren cumpliendo personas menores de catorce años, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades”*.

La Circular nº 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, les declara irresponsables penalmente y obliga a su aplicación retroactiva. Pág. 90.

Ministerio Público para que instruya el procedimiento conforme a la nueva Ley; en caso de jóvenes entre 18 y 21 años, procederá el Juez, conforme al art. 4 de la Ley. El régimen transitorio aplicable a los procesos penales inconclusos se rige por el principio “*tempus regit actum*”.²²³

La responsabilidad civil, derivada del delito, requiere la apertura de pieza separada, con la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores o guardadores, para hechos cometidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2000.²²⁴

La revisión de sentencias, procede de acuerdo a dos procedimientos distintos, en función de si las penas pendientes de cumplimiento son superiores o inferiores a dos años, (aptdos. tercero y cuarto de la DT Única). En atención al principio de retroactividad, la Fiscalía, vincula la interpretación de los apartados tercero y cuarto e impone como necesaria la revisión de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento, y su sustitución por medidas de corte educativo en los términos previstos en la Ley.²²⁵

Las penas no privativas de libertad, privativas de libertad distintas a prisión, (responsabilidad personal subsidiaria y arresto de fines de semana) y prisión (pendiente de cumplimiento por período inferior a dos años), tienen restringida su conversión, ya que pueden ser sustituidas, sólo, por una medida de libertad vigilada. (aptdo. cuarto). La sustitución de penas por medidas posibilita la aplicación retroactiva en beneficio del

²²³ LORRPM 5/2000 cit. DT Primera, apdo. 6: “*En los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la presente Ley, en que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma*” La aplicación del régimen procesal nuevo para los menores de 16 y 17 años, que se encuentren, en procedimientos penales anteriores, supone la coexistencia de actos realizados conforme a esa regulación procesal que deben regirse por la nueva legislación.

²²⁴ La aplicación retroactiva de este precepto no cabe, al ser desfavorable para el reo, por la implicación de los tutores que la precedente no preveía. Si bien existen mecanismos legales para ayuda y asistencia a víctimas regulados en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

²²⁵ La Circular de la Fiscalía 1/2000 en el primer supuesto exige la sustitución por una de las medidas previstas en la Ley, a instancias del Ministerio Fiscal y previo informe del equipo técnico y la entidad pública de protección del menor. En el segundo caso está prevista la imposición de una medida de libertad vigilada, por el tiempo que resta de cumplimiento, a petición del Ministerio Fiscal, con audiencia del letrado, su representante legal, entidad pública de protección y el propio sentenciado, si lo consideran acorde con la finalidad educativa que persigue la propia ley. Sin embargo, la Fiscalía entiende que el Ministerio Público no goza de genuina discrecionalidad para optar por la no revisión y que en todo caso ha de solicitar la sustitución y poner en marcha el Incidente de Revisión, pues a partir de la entrada en vigor de esta Ley ningún infractor menor de edad debe verse sometido al sistema penal y penitenciario de adultos, con la sola excepción, expresamente enunciada en la norma, de quienes hubieran ya cumplido los 23 años de edad. Por otra parte, la Fiscalía aunó en un solo procedimiento los dos trámites previstos, por lo que la audiencia previa del Letrado, del sentenciado y de su representante legal, es preceptiva en los supuestos del apartado 3. Pág. 91 y 93.

menor, al tener en cuenta, la pena impuesta, las circunstancias personales, sociales del imputado y la pena extinguida.²²⁶

Deroga la DT Duodécima de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.²²⁷

2.9.2 LEY ORGÁNICA 7/2003 DE 30 DE JUNIO DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

Entra en vigor, esta Ley, al día siguiente de su publicación, según refiere su Disposición Final Segunda.²²⁸ La exposición de motivos reclama seguridad jurídica, como derecho del ciudadano por conocer cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, disminuyendo ámbitos de discrecionalidad y tipicidad como lucha más efectiva contra la criminalidad y forma eficaz contra la delincuencia más grave.²²⁹

²²⁶ Circular de la Fiscalía 1/2000 “en todo caso, tomando en consideración que por imperativo del artículo 9.3 de la Constitución, la aplicación de la LORPM constituye una forma de aplicación retroactiva de una norma sancionadora favorable, al fijar una duración de la medida sustitutiva habremos de atender siempre a los límites legales previstos en el art. 9. LORPM, en función a la circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor, que operarán como límites absolutos de la duración de la intervención sancionadora-educativa, y en segundo lugar a la duración de la pena sustituida impuesta en la sentencia, que operará como límite concreto de su extensión temporal, pues la medida educativa no podrá tener una duración superior a la de la concreta pena sustituida. Se tomará en consideración, también, el tiempo de condena que el reo hubiere extinguido con anterioridad, sea por cumplimiento efectivo de la pena, sea por aprobación de redenciones, sea por imputación de períodos de prisión preventiva, tiempo éste que integrará el patrimonio penitenciario del reo y que como tal le habrá de ser descontado de la duración de la medida” Pág. 95.

²²⁷ Código Penal de 1995, cita la DT Duodécima: “Hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa”

²²⁸ Ley Orgánica 7/2003 publicada en BOE nº 156 de 1 de julio. Entraron en vigor al día siguiente de su publicación las reformas del CP siguientes: LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, con excepción de las Disposiciones Finales 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, y de las reformas de los arts. 259, 260 y 261 CP, que entraron en vigor simultáneamente con la Ley concursal de 9-7-03 (el 1-09-04); y LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación del Poder Judicial y del Código Penal (por la que se añaden los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis).

²²⁹ Los rasgos fundamentales de esta reforma se pueden estructurar; La reforma protege la seguridad jurídica de los ciudadanos, a través del principio de legalidad penal y de tipicidad; concreta la forma de cumplimiento de las penas para lograr su cumplimiento de manera íntegra y efectiva, dando protagonismo a la seguridad jurídica; aparece el período de seguridad para delitos graves, no pudiendo acceder al tercer grado, hasta la extinción de la mitad de la condena (art. 36); eleva el máximo de cumplimiento en determinadas penas hasta 40 años (art. 76); establece que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación de tercer grado y libertad condicional, se realicen sobre la totalidad de

La DT única, ha sido objeto, de diferentes opiniones doctrinales, con relación a la aplicación retroactiva de sus preceptos, al elevar los límites máximos de cumplimiento de la pena de prisión para determinados delitos, garantizar un efectivo cumplimiento de la pena y un límite para el acceso al tercer y cuarto grado de ejecución penitenciaria.²³⁰

El informe preceptivo del Consejo General del poder Judicial, al proyecto de Ley Orgánica 7/2003 en cuanto a “vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias”, distingue entre retroactividad en sentido propio y retrospección o retroactividad impropia. Depura los conceptos para determinar si una norma es aplicable a situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor y determina el concepto de retroactividad de ley sancionadora y ámbito de aplicación de los artículos 25 y 9.3 CE.²³¹ No estimó, anticonstitucional la previsión que ordena la aplicación retroactiva

las penas impuestas; perfila los requisitos para la libertad condicional (art. 78); introduce el efecto suspensivo contra resoluciones en materias de clasificación de penados o concesión de libertad provisional; exige la satisfacción de las responsabilidades civiles y signos de abandono de actividad terrorista, para el acceso al tercer grado (art. 90).

²³⁰ Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, cit. DT “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena. Vid. IGLESIAS RÍO, MA., La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 aplica tal exasperación penal o penitenciaria tal, con efectos retroactivos, en cuanto al cumplimiento efectivo de la condena en prisión y a la restricción en el acceso a beneficios penitenciarios, especialmente para el terrorismo y de la delincuencia organizada en sentido amplio que pone en tensión, los principios constitucionales de igualdad y de resocialización. En “*Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la Ley Penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*”. Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Ob. Cit. Pág. 17 y ss.; FUENTES OSORIO, JL., En “*Sistema de Clasificación Penitenciaria y el Período de Seguridad del Artículo 36.2 del Código Penal*. InDret. Revista para el Análisis del Derecho 1/2011 Pág. 4 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, JL., En “*Cumplimiento íntegro de las penas*”. Actualidad Penal 2003, nº 7 Pág. 203 y ss.; SANZ DELGADO, E., En “*La reforma introducida por la Ley 7/2003 ¿Una vuelta al siglo XIX?*”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Segunda época número extraordinario 2 (2004) Pág. 198 y ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, MM., La modificación introducida por esta reforma alteró el sistema penitenciario de forma relevante al renunciar en determinados casos a la individualización científica, relacionada con la clasificación de la persona en grados de cumplimiento, en función de un conjunto de variables conectadas con su capacidad de llevar a cabo una vida sin delitos y guiada por la idea de limitar la restricción de libertad de la persona. En “*El período de seguridad*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 91.

²³¹ El informe del Consejo General del Poder Judicial, al proyecto de Ley Orgánica 7/2003 en relación con la “vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias” considera que habría retroactividad no constitucional. “*Es claro, por ejemplo, que la aplicación de las nuevas exigencias contenidas en los artículos 90 y 91 CP no pueden conducir a revocar una libertad condicional que ya disfruta el penado, por la circunstancia de no haberse satisfecho la responsabilidad civil, por ejemplo, porque en ese caso se aplicaría la ley nueva a situaciones ya consolidadas y estaríamos ante un supuesto de retroactividad propia; sin embargo, la nueva ley puede ser aplicada para la toma de decisiones futuras aunque la situación jurídica a la que se aplica (cumplimiento de la condena) haya comenzado a producirse con anterioridad. En los casos en los que la condena se encuentre en estado avanzado de ejecución, podrá plantearse a lo sumo la conveniencia de un período transitorio que anuncie el momento*

del nuevo régimen para el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, en base a que no cabe invocar, sin más, y de forma automática la no retroactividad de las normas que versan sobre la pena privativa de libertad, ya que (según dicho informe) la prohibición de retroactividad que proclama el artículo 9.3 CE, se refiere exclusivamente a la retroactividad propia y a las normas que limitan o restringen genuinos derechos y no meras expectativas. La prohibición de retroactividad se refiere a leyes penales materiales, no a leyes de ejecución.²³²

Para GARCÍA-PABLOS, en todo caso, es una retroactividad débil la que se plantea en la Disposición Transitoria. La nueva regulación pretende la aplicación retroactiva, toda vez que su DT Única declara aplicables, aquellas “*desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena*”. La retroactividad que plantea la DT, es inconstitucional, porque la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE se refiere a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y las normas sobre cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad afectan esencialmente a este derecho fundamental (libertad) y tienen contenido constitucional.²³³

de aplicación de la nueva ley”. Respecto al artículo 36.2 entiende que se trata de un precepto de ejecución de penas y no de derecho material. Diferencia entre retroactividad en sentido propio y retrospección.....*como dice la STC 227/1988, una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a situaciones agotadas. En el primer supuesto, retroactividad auténtica, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común, podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo, retrospección o retroactividad impropia, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.* CGPJ Informes Pág. 50 y ss.

²³² Cuestión que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Inés del Río, ha precisado contrariamente a lo manifestado en el informe del Consejo, sobre el carácter de las penas como derecho material y no derecho de ejecución, en cuanto el derecho a la libertad (art. 117 Constitución) es motivo de dicha pena.

²³³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Esta disposición transitoria, *en cuanto al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, es un ejemplo paradigmático de retroactividad prohibida, de aplicación retroactiva “*in peius*” de leyes que afectan al derecho a la libertad...No parece discutible que la forma de cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad –el régimen de ésta, y no solo su duración– forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad, que es un derecho fundamental. Código Penal y Legislación penitenciaria constituyen, por tanto un grupo normativo unitario e inescindible que disciplina aquél derecho y no puede modificarse retroactivamente “*in peius*”. La LO 7/2003, de 30 de junio, sin embargo, lo pretende. Ciertamente no se trata de una retroactividad “máxima” porque respeta los efectos ya consolidados con arreglo a la legislación anterior y solo altera los que deban producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma (aunque traigan causa de una situación creada al amparo de la normativa anterior más favorable y que debieran seguir rigiéndose por ésta de no haber interferido la ley posterior examinada). Cabe hablar de una retroactividad débil, pero no inocua y, en todo caso, contraria a las exigencias de la seguridad jurídica, exigencias éstas que constituyen el fundamento último de la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo. Esta Disposición Transitoria, hace imposible conocer de antemano aspectos que integran el contenido esencial de la pena de prisión y, por ello, afecta

Para MUÑOZ CONDE, la nueva regulación permite aplicar nuevas normas restrictivas de régimen abierto y libertad condicional a los ya condenados por hechos anteriores a la promulgación de dicha norma. Se trata de una disposición restrictiva de derechos y claramente perjudicial que resulta inconstitucional.²³⁴

En cuanto al alcance de la Única DT, se pronuncia GONZALO RODRÍGUEZ, para quién se acuerda una retroactividad impropia, en virtud de la cual la nueva ley se aplica a relaciones o situaciones jurídicas aún no concluidas a su entrada en vigor, incidiendo en los efectos de tales relaciones o situaciones, solo en la medida en que tengan que ejecutarse o hacerse valer una vez en vigor la ley posterior.²³⁵

La mayor parte de la doctrina, declara la inconstitucionalidad de esta disposición transitoria, y entiende que se trata de normas sancionadoras que tienen proscrita la aplicación retroactiva, (en este sentido Gimbernat Ordeig, Iglesias Río, Vidales Rodríguez, Juanatey Dorado o Sanz Morán).²³⁶

negativamente al derecho fundamental de la libertad y sus límites, y al de la seguridad jurídica. La doctrina penal mayoritaria ha estimado “inconstitucional” esta disposición. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Peral”* Volumen II. Ob. Cit. Pág.887 y ss.; En este sentido IGLESIAS RÍO, MA., La garantía del principio de legalidad, no debe sólo derivarse de los presupuestos de los que se desprende directamente la infracción, sino también de todos aquellos que salvaguardan cualquier otro elemento que codetermine una condena penal o la duración de cumplimiento efectivo. En *“Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”* Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Ob. Cit. Pág. 34.

²³⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág.141.

²³⁵ Cfr. GONZALO RODRÍGUEZ, RM., Propone una solución discriminatoria que distinga, caso a caso, si la norma tiene naturaleza penal material (retroactividad prohibida) o no (retroactividad permitida). En *“Análisis del Código Penal de 1995 tras la LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”*. La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. nº 9. 2004 Pág. 75 y ss.

²³⁶ Vid. YUSTE CASTILLELLO, A., En *“Principales Innovaciones en materia de Ejecución de Penas”*, Trabajo de investigación. Inédito. Tutor Fernando Santa Cecilia García. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Pág. 32. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., En *“Prólogo a la 9ª edición del Código Penal”*. Código Penal. Editorial Tecnos. Novena Edición 2004; JUANATEY DORADO, C., La pena señalada en la sentencia condenatoria equivale, en la terminología del Tribunal Constitucional, a una situación jurídica ya consolidada; con independencia de que “el cómo, y el quantum de esa pena puedan variar, dependiendo de las circunstancias concretas de cada interno. En *“La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los Principios Constitucionales del Derecho Penal”*. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario nº 9 Año I. Octubre 2004. Pág. 26 y ss.; SANZ MORAN, AJ., En *“Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la Legislación Penal”* Revista de Derecho penal nº 11 Enero 2004, Pág. 11 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., La Disposición transitoria permite aplicar nuevas normas restrictivas del régimen abierto y en libertad condicional a los ya condenados por hechos anteriores a la promulgación de dicha norma y por tanto una disposición restrictiva de derechos y perjudicial que se aplica retroactivamente. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 141.

2.9.3 LEY ORGÁNICA 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL

Objetivo de esta ley es, la reforma del proceso penal, el sistema de penas y el control de su cumplimiento.²³⁷ Conforme a lo expuesto en las DDTT, procede la aplicación retroactiva, a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, cuando las nuevas disposiciones sean más favorables al reo, aplicando ambas leyes, de manera completa, y teniendo en cuenta la opinión del reo.

El apartado 2 de la DT Segunda, dispone *«jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable, considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial»*. Se complementa con lo establecido en el inciso siguiente del mismo párrafo, que adopta el criterio de la pena concreta, incluso para la revisión de sentencias firmes o reos cumpliendo condena, teniendo en cuenta *«las circunstancias»* del hecho concreto *«En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código»*.

De acuerdo con IGLESIAS RÍO, puede darse la situación en que no se aplique, con carácter retroactivo, la ley penal posterior, cuando ambas leyes coincidan en una zona común del marco punitivo, impidiendo el acceso a los casos menos graves juzgados con arreglo a la legislación anterior, coincidiendo el marco inferior de la ley antigua con el superior de la nueva, vulnerando así los principios de igualdad y proporcionalidad.²³⁸

²³⁷ Entró en vigor al día siguiente de su publicación, a excepción de las modificaciones relativas a la Ley Hipotecaria, la Responsabilidad Penal del Menor y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya entrada en vigor se produce con fecha 27 de noviembre de 2013 y los artículos relativos a las insolvencias punibles (259, 260 y 261) que entran en vigor el 1 de octubre de 2004. Entre sus contenidos básicos se encuentran: reducción del mínimo de cumplimiento en determinadas penas, suprime la pena de arresto de fin de semana y dota de mayor importancia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; amplía el máximo de pena de tenencia de armas, reforma el delito continuado en su graduación, introduce medidas tendentes a favorecer la rehabilitación en determinados delitos, modifica la suspensión de la ejecución en cuanto a la pena derivada del impago de multa, modifica el límite de pena para sustitución, aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modifica al ámbito y alcance del comiso así como la pena de multa e introduce reformas técnicas que afectan, entre otros, al concepto de reo habitual, a la extinción de responsabilidad criminal, a plazos de prescripción de delitos y a la cancelación de los antecedentes penales.

²³⁸ Vid. IGLESIAS RÍO, MA., Puede vulnerar el principio de igualdad respecto a casos en los que el nuevo Código Penal se aplique directamente a hechos realizados antes de su entrada en vigor, cuando aún no había recaído sentencia firme, siendo la celeridad procedimental el motivo para dispensar un trato penológico a sujetos condenados por hechos similares. En *“Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”* Revista Jurídica

No permite revisar sentencias suspendidas en libertad condicional ni aquellas en que proceda con la reforma y el Código, exclusivamente, “*pena de multa*”. (DT 2.3, 2.4 y 2.5).²³⁹

La retroactividad penal más favorable alcanza a los artículos 65.3, 87 y 376 del Código, que permiten una reducción de la pena y un aumento de los márgenes para suspender la ejecución de condena.²⁴⁰

2.9.4 LEY ORGÁNICA 5/2010 DE 22 DE JUNIO POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995 DEL CÓDIGO PENAL.

Publicada el 23 de junio de 2010, viene a modificar la LO 10/1995 de 23 de noviembre, en determinados aspectos. Transcurrido el período de *vacatio legis*, de seis meses, entra en vigor.²⁴¹

de Castilla León nº 6 Ob. Cit. Pág. 25; Se vulnera, también, el principio de proporcionalidad de la pena, si tenemos en cuenta que al condenado por el delito más grave, cuyo máximo ha sido reducido, si cabe aplicarle la ley retroactivamente, sin embargo al condenado con menor grado de participación, no cabe aplicarle la ley nueva, al encontrarse su pena dentro del límite máximo actual y esta situación puede conllevar a que dos condenados con grado de participación distinta y penas distintas antes de la reforma, ahora tengan impuesta la misma pena.

²³⁹ Cfr. IGLESIAS RÍO, MA., El hecho de no revisar sentencias cuando la pena a imponer sea la multa, sólo puede entenderse, por razones prácticas, al modificar el Código Penal de 1995 el sistema de regulación jurídica de la pena de multa y cambiar la multa proporcional, por los días-multa, por resultar difícil la comparación. En “*Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*”. Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Ob. Cit. Pág. 22; CEREZO MIR, J., Esta excepción puede explicarse únicamente por razones prácticas, al entrar en vigor el CP de 1995 dada la dificultad de comparar la nueva pena de multa con la antigua ley proporcional, pero resulta inexplicable en la reforma citada. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Editorial Tecnos. Sexta edición. Madrid 2004 Pág. 233 y ss.

²⁴⁰ Dispone el artículo 65.3 la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado a la señalada por la ley, cuanto no se tiene la cualidad requerida como inductor o cooperador necesario en los delitos especiales; el artículo 87 permite la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de hasta cinco años para penados que hubiesen cometido los hechos a causa de su dependencia a sustancias establecidas en el artículo 20.2 y certifiquen estar deshabitados; el artículo 376.2 prevé rebajar hasta dos grados, la pena, cuando acredite que el sujeto era drogodependiente en la fecha de comisión de los hechos y certifique un tratamiento de deshabitación. En este sentido STC 20/2003 de 10 de febrero. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento de Derecho Cuarto. *Como este Tribunal ha reiterado, la determinación de qué Ley es la más favorable al acusado es una cuestión de legalidad ordinaria (por todas, STC 200/2000, de 24 de julio, FJ 3). De este modo, sólo existirá vulneración del derecho invocado si se hace aplicación de una norma penal cuya entrada en vigor sea posterior al hecho enjuiciado, cuando resulte imprevisible concluir que dicha norma era más beneficiosa para el acusado.* En este sentido STS 27/01/2000. Resolución 143/2000. Sala Penal. Ponente Juan Saavedra Ruiz. Fundamento de Derecho Primero. STS 29/04/1998. Resolución 611/1998. Sala Penal. Ponente Luis Román Puertas Luis. Fundamento de Derecho Tercero (Aplicó plazos de prescripción más beneficios del nuevo Código a penas impuestas con arreglo al Código anterior).

²⁴¹ BOE Nº 152 de 23 de junio de 2010. Contiene un artículo único con 169 apartados, 2 disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y 7 disposiciones finales.

Marca su objetivo en tres pilares, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España, corregir las carencias detectadas en la aplicación del Código Penal y dar respuesta a situaciones inexistentes que han ido surgiendo como consecuencia de la continua evolución para lograr niveles más altos de bienestar. Con carácter general, la reforma, viene a ser más severa, en relación a las figuras delictivas a las que afecta, sin embargo, algunos preceptos de esta nueva Ley resultan más beneficiosos para el reo, surgiendo en el proceso de revisión, problemas de interpretación para determinar la ley más favorable. Aplica la norma “*tempus commissi delicti*”

Se introduce, la figura de las dilaciones indebidas del procedimiento y reconoce el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, aunque los hechos se hubieran cometido antes de su entrada en vigor.

Los problemas de derecho transitorio se dividen en dos bloques, los derivados de la revisión de sentencias y los que surgen en relación con los asuntos penales pendientes de enjuiciamiento o de tramitación de recursos interpuestos, contra sentencias dictadas de conformidad con la normativa que se deroga.²⁴² Serán objeto de revisión, los delitos de robo, de estafa, contra la propiedad intelectual e industrial, fraude de subvenciones públicas, contra la salud pública, contra la seguridad vial y de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje.²⁴³

²⁴² Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., La aplicación de la ley más benigna antes de su entrada en vigor supone un trato desigual para los enjuiciados. La aplicación retroactiva conculca, además la legalidad. En “*Comentarios al Código Penal*” Actualizado por LO 5/2010 de 22 de junio. Editorial La Ley. Madrid 2010. Pág. 60.

²⁴³ La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2010, para determinar la Ley más favorable, realiza varias puntualizaciones: *comparación entre ambas normativas en bloque, caso a caso con atención a las circunstancias concurrentes; en supuestos de concurso ideal de delitos, se partirá de la comparación global de ambos textos legales y de la reglas del artículo 77 del Código Penal, procediendo a la revisión si la Ley posterior, resulta más beneficiosa; si se despenaliza alguna conducta, en concurso, y, se impuso la pena más grave en su mitad superior, se compararán, la pena impuesta y la que resulte conforme a la nueva normativa, para aplicar la más beneficiosa; si las penas fueron impuestas separadamente, se dejará sin efecto la infracción que desaparece y, se compararán las penas, respecto a la pena que subsiste, para aplicar la más beneficiosa; se dará audiencia al reo, en supuestos en que proceda la revisión, procurando que dicha información sea comprensible y suficiente para garantizar que el reo pueda emitir una opinión informada, aunque la misma no tiene carácter vinculante.* Remite para las cuestiones de derecho transitorio generadas por la reforma, a las ya tratadas en precedentes, circulares con ocasión de anteriores reformas, 1/1996, 2/1996, 1/2000 y 1/2004, resultando útil y de plena validez a la entrada en vigor de ésta nueva Ley.

2.9.5. LEY ORGANICA 5/2012 DE 22 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2007 DE 4 DE JULIO DE SOBRE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

El objetivo de la presente Ley, aparece en la EM, es la financiación regular de los Partidos Políticos dentro del marco de la legalidad vigente. La adecuación a la situación de crisis actual, obliga a una reducción, del importe previsto en la DT Tercera de la ley hasta ese momento en vigor, para gastos de subvención de los partidos con representación parlamentaria.

Diferencia mecanismos de financiación de Partidos Políticos, fundaciones y asociaciones a ellos vinculados, ampliando el listado de personas que no pueden financiar la actividad política.

Prohíbe la aceptación de donaciones a los partidos políticos de organismos que de algún modo tengan vinculación con las Administraciones Públicas, así como la condonación de deuda por entidades bancarias.

Obliga a los partidos a mostrar cierta información contable, previa fiscalización por el Tribunal de Cuentas, a través de su web, así como a poner en conocimiento de éste Tribunal cualquier información relevante sobre donaciones, inmuebles o condonación de deuda, con el propósito de reforzar la idea de transparencia en relación con la financiación de los partidos políticos y evitar que quienes tienen el control de los caudales públicos puedan evadir el la información del mismo al Ordenamiento Jurídico, de acuerdo al sistema democrático que un Estado de Derecho debe imponer.

En relación con la presente Ley, la 7/2012, viene a cumplir el objeto del gobierno de medidas para el control del gasto público.

2.9.6. LEY ORGÁNICA 7/2012 DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL.

El deterioro progresivo en España por los casos de corrupción, en concreto de partidos políticos e instituciones, demuestra que hay una justicia de clases, la del delincuente económico, político e influyente con un trato de favor, mediante acuerdos de impunidad, y el de aquellos simples ciudadanos que sufren la arbitrariedad y

despotismo del Leviathán, a través de largos y tortuosos procesos judiciales no exentos de irregularidades.²⁴⁴

Esta Ley viene pretende establecer un sistema más unitario e igualitario en el enjuiciamiento de hechos constitutivos de tipos de corrupción.

2.9.7. LEY ORGÁNICA 1/2015 DE 30 DE MARZO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL

El objetivo de la presente Ley Orgánica es fortalecer la confianza en la Administración de Justicia y para ello lleva el Legislativo lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que basa en la prisión permanente revisable, ampliación del ámbito de libertad vigilada, (como medida de seguridad) y revisión del delito continuado.

Modifica la regulación de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad. Suprime las faltas del Código Penal y por tanto el Libro III de manera íntegra.

Con la presente modificación intenta, el Gobierno, dar cumplimiento, al principio de intervención mínima, cuya consecuencia directa es la destipificación de las faltas, algunos de cuyos tipos desaparecen y pasan a ser sanciones administrativas y otras (las más graves) se convierten en delitos leves que se incorporan al Libro II del Código Penal y se enjuician por el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniendo los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Violencia de Género la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos.²⁴⁵

²⁴⁴ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., Las principales conductas delictivas, cobro de comisiones, por concesión de obras o servicios públicos, fraudes por inclusión de faltos prejubilados en expedientes de regulación de empleo de las empresas beneficiadas del fondo, prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, estafa, apropiación indebida, nombramientos ilegales, delitos fiscales de blanqueo, corrupción entre particulares...En definitiva desvío de fondos públicos o privados con fines distintos a los que deberían servir, son estereotipos distintos a la delincuencia convencional. En *“Corrupción y Derecho Penal”*. Revista Tribuna Complutense nº 147. 14 de octubre de 2014. Pág. 12.; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., No es improcedente, plantearse si este “Derecho Penal del enemigo”, no es además un “Derecho Penal de clases” donde determinados autores, -los socialmente privilegiados- continuarían en una situación de prerrogativa, pues sus ataques no se considerarían, por los bienes que resultan afectados suficientemente graves como para ser encuadrados en el “Nuevo Derecho Penal”. En *“Sobre el Principio de Legalidad”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2009. Pág. 290.

²⁴⁵ La Exposición de Motivos del proyecto de modificación expresa en el punto XXXII, los motivos por los que es conveniente despenalizar las faltas: *“La Fiscalía General del Estado aboga que las infracciones consideradas como faltas penales queden al margen del Código Penal, por su escasa gravedad. También el Consejo General del Poder Judicial, de manera reciente ha propuesto despenalizar ciertos comportamientos tipificados como faltas penales, como medida adecuada para reducir los levados niveles de litigiosidad, que son demasiado altos en el orden jurisdiccional penal”*. Algunos comportamientos tipificados hasta ahora como falta desaparecen en el ámbito penal,

La situación transitoria de los juicios de faltas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, queda regulada en las DDTT contenidas en el texto.

Permite el enjuiciamiento conforme a la legislación anterior de los delitos y faltas cometidos hasta la entrada en vigor de la presente ley, salvo en caso de ser más favorable la ley posterior.²⁴⁶ La tramitación de juicios de faltas por hechos tipificados, ahora, como delitos leves, se sustanciará conforme al juicio de faltas. Los hechos que resulten despenalizados o sometidos a denuncia previa, que lleven aparejada responsabilidad civil, continuarán su tramitación conforme a las faltas, salvo que expresamente manifieste, el perjudicado, no ejercitar acciones civiles.²⁴⁷

Se lleva a cabo una importante reforma en relación a la parte especial del Código, en concreto del comiso y algunos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delito de atentado y desobediencia, alteración del orden público, incendios, detención ilegal e intrusismo.

Introduce nuevos delitos, como matrimonio forzado, hostigamiento o acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con anuencia de la persona afectada, manipulación del funcionamiento de dispositivos de control, utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas de seguridad.

Incluye la Decisión Marco 2008/675/JAI, de resoluciones condenatorias entre Estados miembros de la Unión Europea; Decisión Marco 2009/913/JAI, contra algunas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia; Directiva 2009/52/CE que establece sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, contra la trata de seres humanos y protección a víctimas; Directiva 2002/90/CE y Decisión Marco

manteniendo aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos leves, castigados con pena de multa. Se pretende aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal y ello para las conductas más graves. Sólo serán perseguibles a instancia de parte mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, las lesiones de escasa entidad y el maltrato de obra. Las injurias leves y vejaciones injustas, salvo las del 173.2, quedan al margen del Derecho penal.

La reforma contiene un artículo compuesto por 240 apartados, una disposición común, cuatro disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final.

²⁴⁶ Para establecer la ley más favorable, ha de tenerse en cuenta también la posibilidad de imponer medidas de seguridad. En caso de que la nueva ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de pena no privativa de libertad habrá de ser revisada la sentencia.

²⁴⁷ Deberá ser visado por el Ministerio Fiscal. Si el perjudicado manifiesta el ejercicio de las acciones civiles, el fallo estará limitado a responsabilidad civil y costas y la ejecución será realizada conforme establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Disposición Transitoria Cuarta).

2002/946/JAI que regula el delito de inmigración y lo separa del delito de inmigración ilegal.

Principio de legalidad, irretroactividad y retroactividad, se modifican, obligatoriamente, en lo que respecta a cualquier referencia a faltas, por tanto los artículos 1 y 2 del CP quedan modificados en ese sentido.

Impone el principio “*tempus regit actum*”, sin perjuicio de la posibilidad retroactiva en lo que beneficie al reo, teniendo en cuenta la ley en bloque y oído al reo (DT Primera). No se considera más beneficiosa la nueva ley, en penas de privación de libertad, cuando la ley impuesta con sus circunstancias sea imponible con la nueva Ley. No serán revisadas sentencias en situación de suspensión de pena o libertad condicional, aquellas cuya pena sea de multa, ni las totalmente ejecutadas (DT Segunda).²⁴⁸

2.9.8. LEY ORGÁNICA 2/2015 DE 30 DE MARZO POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995 EN MATERIA DE TERRORISMO

Las amenazas del terrorismo internacional de corte yihadista exigen la actualización de la normativa para contemplar el terrorismo individual y las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, modificando para ello los artículos 571 a 580 del CP.

Establece, la presente Ley, la definición de organización o grupo terrorista y la pena para quienes promuevan, constituyan, organicen o dirijan estos grupos.

Se equipara la condena de Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia.

Carece de Disposiciones Transitorias, y su entrada en vigor se establece en la Disposición Final Tercera al 1 de julio de 2015.²⁴⁹

²⁴⁸ Sobre la reforma véase GIMBERNAT ORDEIG, E., En “*La reforma del Código Penal*”. Diario El Mundo. Tribuna de Derecho 24 de abril de 2015; También MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A., En “*Drogas: España contra corriente. La reforma del Código Penal es un paso atrás a la hora de abordar el problema*”. Diario El País. Tribuna 10 de abril de 2015. Pág. 33 y 34.

²⁴⁹ BOE Nº 77 de 31 de marzo de 2015. Contiene esta Ley, Preámbulo (que contiene un Único artículo y Tres Disposiciones Finales).

2.9.9 LEY ORGÁNICA 4/2015 DE 30 DE MARZO DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El proyecto deroga la Ley 1/1992 de 21 de febrero. Contiene 55 artículos y nuevas infracciones repartidas en infracciones leves, graves y muy graves. Al hilo de la modificación del Código Penal, pretende regular hechos que dejan de ser falta para convertirse en infracción administrativa.²⁵⁰

Gradúa sanciones y mantiene las cuantías de su predecesora. Impone medidas para la identificación de personas respondiendo a la proporcionalidad y sin discriminación. La retención policial, se regula, a favor del ciudadano, con un límite máximo y fija pautas para el cacheo. Decreta la responsabilidad de padres o tutores por daños causados por menores. Dispone la conducta ilícita en reuniones o manifestaciones. Protege a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. Castiga actos de reunión frente a sedes parlamentaria. Crea un registro de infractores contra la seguridad ciudadana, para apreciar reincidencia. Sanciona la proyección de luz, a través de cualquier dispositivo, la utilización de uniformes públicos o insignias, sin autorización, el uso de cundas para el traslado de drogodependientes, la falta de custodia de documentos públicos y la retirada del vallado o elementos fijos o móviles colocados por Cuerpos de Seguridad.

Contiene una única disposición transitoria, en la que no se prevé la aplicación retroactiva de la presente Ley.

3. RECAPITULACIÓN. TOMA DE POSTURA

El proceso codificador consiguió agrupar en códigos, el derecho que vagaba disperso en diferentes colecciones, de manera anárquica y al antojo del árbitro judicial. La Ilustración fue el motor que impulsó este proceso.

²⁵⁰ Las sanciones consideradas graves conforman un largo listado, entre otras: la perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, frente al congreso cuando se incumplan determinados requisitos, alteración de la seguridad ciudadana impidiendo su identificación, desordenes graves en la vía pública, obstrucción a empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, y a servicios de emergencia, reuniones en lugares de paso no autorizadas o en lugares críticos, portar armas en lugares públicos, ofensas a España o a sus instituciones, servicios sexuales en zonas de tránsito, fabricación de armas sin autorización, daños a servicios públicos, alegar datos falsos, para obtención de documentos, uso público de uniformes sin autorización, consumo o tenencia de drogas en la vía pública, escalamiento en edificios históricos sin autorización, dejar sueltos a animales dañinos, la comisión de tres infracciones leves en dos años.

El principio de legalidad, a través del *ius puniendi* del Estado, puso las bases para definir hechos considerados lesivos para la convivencia social, que deben ser conocidos previamente, por los ciudadanos y así han permanecido, de manera implícita y por deducción en la Constitución de 1812 y posteriormente de manera expresa en la codificación penal.

Los primeros pasos por constitucionalizar derechos individuales, son tímidos y no quedan recogidos en la constitución doceañista, relegando esta tarea a los sucesivos textos, que acogen en sus primeros títulos un pequeño avance de un largo listado de derechos a preservar. La evolución social encaminada a formas menos tradicionales, y la pérdida del miedo a lo novedoso, influido por ideas que en Europa ya se encuentran instauradas, se va dejando sentir en nuestro bagaje legislativo. Así el Estatuto de Bayona, plasma, la intención de preservar derechos individuales de la persona, que se ve reforzada según avanza el siglo XIX, y su reconocimiento, tanto constitucional como codificadora, perfecciona y amplía el listado de derechos protegidos por el Estado, hasta este momento, dispersa en los primeros textos, para su agrupación en los títulos preliminares, reconocidos, desde la Constitución de 1869.

Las Constituciones más liberales instauran amplias secciones de derechos naturales para ser protegidos con carácter constitucional, que conlleva su reconocimiento bajo amenaza de ilícito penal en el cuerpo legislativo criminal correspondiente.

La evolución del S. XIX a través del legislador, viene marcada por una continua confusión entre la necesidad de mantener la tradición, lo antiguo, y la curiosidad por lo nuevo, lo que viene de fuera o extranjero, que impregna el desarrollo del constitucionalismo y la codificación. Esta dicotomía entre el mantenimiento de lo conocido y la adaptación a los vientos que soplan en otros países, siembra el desconcierto y la inestabilidad legislativa durante este siglo, en nuestro país, siendo débiles las manifestaciones, en favor de los derechos de los ciudadanos.

El principio de irretroactividad está recogido, implícitamente, en la Constitución doceañista, y expresamente a partir de la Tabla de Derechos, en Códigos y constituciones posteriores.

El principio de retroactividad mucho más tardío, no ha sido objeto de reconocimiento constitucional hasta la de 1978 aunque, por vez primera, es recogido en el Código Penal de 1848.

La importancia que desde el Derecho Penal se ha prestado al principio de retroactividad, se pone de manifiesto con el reconocimiento penal codificador, y su custodia posterior, hasta nuestros días, avalado por un sentimiento de lógica despenalización de conductas, que ya no suscitan interés para el legislador, por la evolución de la sociedad, resultando innecesario que el castigo impuesto en un tiempo anterior deba ser mantenido, cuando el hecho típico ha abandonado ese carácter. La constante mantenida en nuestro Ordenamiento Jurídico, a través del proceso codificador, ha sido el principio “*tempus regit actum*”, sin perjuicio del reconocimiento de su excepción, la retroactividad más favorable, de disposiciones que sancionen comportamientos no castigados anteriormente o que agraven la sanción ya impuesta por una ley anterior, para dar solución a problemas de Derecho transitorio o intertemporal.

El siglo XXI, ha iniciado una política criminal de represión hacia delincuentes habituales, que parece reducir las posibilidades de reinserción social, endureciendo las penas, desde un carácter más retributivo que preventivo. Es necesario apostar por la criminología de manera más efectiva, pues actos delictivos son en cada país y momento las infracciones más graves, en función de factores éticos, sociales, políticos, económicos etc. Y estos hechos vienen determinados por la Criminología cuya investigación del delincuente, delito e incluso de la víctima (origen, influencias sociales, familiares, formas de aparición etc.,) ayudan a obtener percepciones más certeras sobre la potencialidad delictiva y de esta manera prevenir la aparición de hechos constitutivos de delito.

La opción por la que apuesto son penas cortas de privación de libertad, con un importante contenido de corrección delictiva; educación en centros escolares que pongan de manifiesto los valores de una sociedad en convivencia pacífica, que evitaría el inicio en actividades relacionadas con actos ilícitos, en muchos casos; creación de centros de terapia social, en ayuda a graves situaciones familiares que provocan el desinterés por los menores refugiados en actividades que avocan al fracaso personal; infraestructuras adecuadas a problemas de peligrosidad criminal en delincuentes cuyos trastornos psiquiátricos, pueden ser reconducidos con un tratamiento adecuado, evitando su paso por centros penitenciarios, donde son blanco perfecto para la extensión de redes delictivas, organizadas por auténticos criminales.

CAPITULO II.

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE RETROACTIVIDAD. FUNDAMENTO DOGMÁTICO

1 IRRETROACTIVIDAD

1.1 CONCEPTO

La prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta, desde el punto de vista jurídico, en los principios de legalidad y seguridad jurídica, que actúan como límites a la intervención penal del Estado.²⁵¹ En sentido estricto el principio de legalidad determina que la única fuente creadora de delitos y penas es la Ley.²⁵² Esta obviedad es resultado del movimiento ilustrado y liberal que triunfa con la Revolución Francesa, donde el “*gobierno de las leyes*” aparece como ideal frente al “*gobierno de los hombres*”.²⁵³ Lleva implícitos, valores fundamentales del Estado de Derecho, presupuesto de realización de la justicia penal. Delito y pena son establecidos por sus destinatarios.²⁵⁴

²⁵¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 874 y ss. RUIZ ANTÓN, LF., En “*El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho, nº 7, 1989 Pág. 149; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 140.

²⁵² Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., El origen del principio de legalidad se halla en el anhelo de seguridad jurídica que ha llevado a los pueblos a una lucha multisecular con los detentadores del poder para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo, que toca a los bienes más preciados de los hombres: la libertad personal, el patrimonio e incluso la vida. Para huir de la arbitrariedad judicial se busca la seguridad, todos los delitos y las penas están acuñados por la Ley y lo que cae fuera, no puede ser delito, ni pena. El principio de legalidad es un postulado, la aspiración a una meta ideal e inalcanzable, la de la seguridad jurídica, que debe conjugarse con el corazón del intérprete y del juez en el momento de la interpretación. En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 172 y ss.

²⁵³ Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN TS., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta Edición. Valencia 1999. Pág. 63; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. I. Ob. Cit. Pág. 474.

²⁵⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., También garantiza la certeza y seguridad jurídica que el ciudadano reclama, exigiendo una ley previa, escrita y estricta que le permita conocer y calcular las consecuencias de sus actos. Expresa la libertad y la igualdad. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 67 y ss.

El Derecho Penal es un conjunto de normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico, “*ius poenale*” o *Derecho Penal* objetivo, y si es observado desde la óptica del titular que dicta y hace cumplir las normas, analiza su fundamento, legitimación, naturaleza, condiciones, ejercicio y límites, se habla de “*ius puniendi*” o *Derecho Penal subjetivo*, como Derecho del Estado a establecer normas penales y a aplicarlas.²⁵⁵

La monopolización por el Estado del poder de castigar encuentra fundamento en evitar la realización arbitraria del propio derecho, la justicia privada, la venganza o la violencia legítima.²⁵⁶ El *ius puniendi* estatal puede resolver conflictos criminales y se halla en condiciones de garantizar la justa tutela de bienes jurídicos fundamentales.²⁵⁷ Los efectos de la intervención penal y la vocación intervencionista del Estado social son parte del derecho del Estado a castigar, que está limitado por la regla “*nullum crimen nulla poena sine lege*” y afecta al contenido del poder punitivo del Estado, a los presupuestos y condiciones de su ejercicio.²⁵⁸

El principio de legalidad, proclama el *imperium* de la Ley y la supremacía de ésta, en el marco de la doctrina del contrato social, la soberanía popular y división de poderes, reacciona contra la inseguridad jurídica y arbitraria, cierra paso al delito

²⁵⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 457 y ss.; RUIZ ANTÓN, LF., En “*El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y en la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7 Ob. Cit. Pág. 149; SANTA CECILIA GARCÍA, F., También define el *ius puniendi* como conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y consecuencias jurídicas, por parte del Estado. En “*Crisis del Principio de Legalidad en materia penal*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2014. Pág. 266.

²⁵⁶ Código Penal de 1995, cit. artículo 455 “...al que para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas”. Por otro lado como causas de exención de la responsabilidad criminal, el artículo 22 establece el estado de necesidad, la legítima defensa, cumplimiento de deberes o ejercicio legítimo de derechos Salvo en los supuestos de legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de deberes o ejercicio legítimo de derechos. Cfr. SANTA CECILIA GARCÍA, F., En “*Crisis del Principio de Legalidad en materia penal*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 267.

²⁵⁷ El *ius puniendi* responde a planteamientos político-ideológicos y su evolución en los diferentes modelos de Estado (absoluto, liberal e intervencionista). Su fundamento se encuentra en la doctrina del contrato social y el Derecho Penal, como derecho al servicio de las garantías. Sin embargo el tránsito del Estado liberal, garante de las libertades individuales, al modelo de Estado social, más intervencionista, confecciona el *ius puniendi*, como instrumento de política criminal proyectado hacia la prevención de delito. La introducción de las medidas de seguridad, junto a las penas, confirman un Estado más intervencionista.

²⁵⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 475 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., En “*Crisis del Principio de Legalidad en materia penal*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 269.

natural, reclama claridad, certeza y límites precisos a la intervención punitiva del Estado.²⁵⁹

Manifestación del principio de legalidad, en el ámbito del Derecho penal, es la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables, y aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, perjudiciales para el reo.²⁶⁰ La irretroactividad, por el contrario, concreta el principio de legalidad y evita que las leyes se apliquen a situaciones nacidas vigente la Ley anterior.

Para DE CASTRO y BRAVO, la irretroactividad se aplica hacia el futuro y no hacia el pasado, es regla de buena política, máxima de prudencia y exigencia de equidad. *Como regla de buen gobierno ha de plegarse al consejo de la ocasión; equitativo es, no condenar por ilegales derechos adquiridos bajo el amparo y confianza de disposiciones que los protegían como legales; la Justicia reclama, que no se coloque la sanción jurídica al servicio de situaciones injustas u odiosas.*²⁶¹

SUÁREZ COLLÍA, explica que la irretroactividad de las normas “*a sensu contrario*” es norma general, el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes.²⁶²

DÍEZ-PICAZO manifiesta que no resulta justo aplicar una nueva ley a actos realizados en el momento en que dicha ley no había sido dictada, porque no era conocida ni tenía aplicación.²⁶³

²⁵⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Que sólo la ley y no los Jueces, ni la administración pueda crear delitos y penas constituye una garantía fundamental del ciudadano, porque la ley representa la voluntad popular, y sólo el poder legislativo está legitimado para limitar libertades individuales y suspender derechos fundamentales, definiendo los delitos y las penas que el pueblo soberano consienta. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 478 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., En “*Crisis del Principio de Legalidad en materia penal*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 270.; PÉREZ LUÑO, AE., En “*Seguridad Jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia*”. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED). Nº 15. Pág. 25 y ss.

²⁶⁰ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En Derecho Penal los usos del término irretroactividad parecen más unánimes, al centrarse en la imposibilidad de aplicar normas penales que amplíen el catálogo de conductas punibles o que agraven la pena de las ya existentes, no vigentes en el momento de la comisión del delito. Además la existencia de esta unanimidad, tiene su origen en que en Derecho Penal se hallan definidos los criterios de aplicabilidad externa en su perspectiva temporal. En “*Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 271 y ss.

²⁶¹ Vid. DE CASTRO y BRAVO, F., No ha de olvidar el legislador que toda disposición retroactiva, si no está inspirada por rigurosa y urgente necesidad, será grieta abierta al respeto del pueblo en sus leyes y un quebranto de la base social de la organización jurídica. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 720 y ss.

²⁶² Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*El Principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 10.

²⁶³ Vid. DIEZ-PICAZO, LM/GULLÓN, A., En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Cit. Pág. 109.

En opinión de RUIZ ANTÓN, el principio de irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal, deben actuar de manera coordinada y sí el correcto entendimiento del principio de irretroactividad significa que está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos antes de su vigencia, también expresa que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio.²⁶⁴

Para FRIGOLS I BRINES, se trata de la imposibilidad de aplicar normas penales que amplíen el catálogo de conductas punibles o que agraven la pena de las ya existentes, que no se hallen vigentes en el momento de la comisión del delito, establecida en el art. 7 CP.²⁶⁵

GARCÍA-PABLOS, mantiene que la ley penal (vigencia material) se aplica a hechos ocurridos durante su vigencia formal y el principio de irretroactividad de leyes es garantía del ciudadano que opera exclusivamente con relación a normas *desfavorables* al mismo sean o no de naturaleza penal.²⁶⁶

El criterio irretroactivo de las leyes, ha sido mantenido por doctrina y jurisprudencia de manera general. A lo largo de la historia se ha intentado fundamentar y se han realizado reflexiones sobre la razón de ser de éste principio, apoyándose en la confianza y seguridad jurídica que los ciudadanos deben tener en el ordenamiento jurídico vigente, cuando realizan actos jurídicos, como límite al poder del Estado.²⁶⁷

²⁶⁴ Vid. RUIZ ANTÓN, LF., El principio de irretroactividad supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, incluso aunque esté derogada, tanto si los hechos se cometieron estando en vigor, como si las consecuencias que generó o pudo generar su aplicación, son más beneficiosas, frente a la ley posterior más severa. En *“El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y en la Jurisprudencia”*. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 153 y ss.

²⁶⁵ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., La unanimidad en el concepto de irretroactividad tiene su origen, en el hecho de que en el ámbito penal se hallan definidos, con mayor o menor precisión, los criterios de aplicabilidad externa en su perspectiva temporal. Un ejemplo claro es la determinación del punto de conexión temporal, en Derecho Penal que debe ser el momento de comisión del delito. Para aplicar las normas penales, éstas deben estar vigentes con anterioridad a este momento. Este hecho permite una aplicación adecuada del principio de irretroactividad. Si bien existen casos donde el momento de la comisión del delito se convierte en una categoría poco clara. En *“Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. Ob. Cit. Pág. 71.

²⁶⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II Ob. Cit. Pág. 898 y ss.; Cfr. RUIZ ANTÓN, LF., En *“El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y Jurisprudencia”*. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 153.

²⁶⁷ Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., El objetivo de los grandes autores dedicados, desde antaño al tratamiento de la retroactividad ha sido el mismo: construir unos límites al poder del legislador en lo más peligroso que éste puede hacer: dictar leyes retroactivas. En unos casos formulando recortes al poder del legislador, nacidos del celo por el respeto a la seguridad del individuo y de sus bienes y derechos; en otros para postular lo contrario, un amplio poder del legislador, si bien con unos límites, siquiera mínimos, para que ese amplio poder que se propugna sea realmente creíble. En *“El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”*. Documentación Administrativa nº 263-264 (mayo-diciembre) 2002 Pág. 78.

1.2 FUNDAMENTACIÓN

El estudio en torno a la fundamentación del principio de irretroactividad de las normas ha sido analizado a través de diferentes sistemas de Derecho. La mayor parte de los tratadistas opinan que no resulta posible establecer, con carácter general y para todos los supuestos de aplicación del principio, una única razón de ser, sugiriendo, en cada caso concreto, indagar su respectiva justificación. La complejidad de la materia, los particulares criterios de cada legislador y la naturaleza propia de cada institución jurídica, hacen difícil la formulación de principios abstractos y generales.²⁶⁸

Antes de la codificación, el principio de no retroactividad, era considerado manifestación de prudencia legislativa. Desde entonces la doctrina ha formulado diferentes teorías con el objetivo de identificar su fundamentación, pero DE CASTRO matiza que todas comparten el objetivo erróneo de intentar exponer y concebir la norma, obviando dar respuesta al efecto de cada norma en el tiempo.²⁶⁹ Entre las diferentes teorías formuladas, se encuentran las siguientes.

1.2.1 TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Seguidores de esta teoría, como RUIZ ANTÓN, defienden que el principio de irretroactividad es expresión del valor seguridad jurídica, por encima de cualquier otra consideración, resultando el resto de razones que se aducen, mero desarrollo de aquella. Sólo las leyes pueden decretar penas para delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador.²⁷⁰

La mayor parte de los tratadistas de Derecho penal, insisten en reclamar la garantía de irretroactividad de las normas con base en la seguridad jurídica, por resultar

²⁶⁸ Vid. SUÁREZ COLÍA, JM., En “*El Principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 35 y ss.

²⁶⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 715.

²⁷⁰ Vid. RUIZ ANTÓN, LF., El principio de legalidad implica, bajo este prisma, certeza, confianza, y seguridad para el ciudadano, entendidas en sentido formal, como reserva absoluta de la ley para definir delitos y penas, y en sentido material, como previsión calculable de los actos propios y garantía de la orientación que se va a dar al comportamiento personal. El principio de irretroactividad obliga al juez en la aplicación de las leyes y al legislador y es fundamento del Estado de Derecho. Todo individuo debe saber de antemano cuales son las posibles consecuencias de sus actos y la Constitución debe asegurar la confianza del ciudadano, frente a imprevisibles cambios legislativos, susceptibles de ser aplicados retroactivamente. En “*El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*” Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág.151 y ss.

imprescindible que el ciudadano tenga conocimiento previo de las consecuencias jurídicas que derivarán de su comportamiento, conocer sí el resultado de su conducta es conforme o contrario a derecho.²⁷¹

En opinión de PÉREZ LUÑO, la seguridad jurídica, en el Estado de Derecho, asume perfiles definidos como presupuesto del Derecho, (que deriva de derechos fundamentales) y como función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Estos motivos consiguen que la seguridad jurídica se inmune frente al riesgo de su manipulación y se convierta en un valor jurídico imprescindible para el logro de los restantes valores constitucionales.²⁷²

COBO DEL ROSAL se muestra partidario de la naturaleza irretroactiva, como regla general de la Ley penal. Como tal debe ser un dictado de vigencia material del principio de seguridad jurídica, que constituye el soporte de todo Derecho penal evolucionado.²⁷³

GARCÍA-PABLOS, se pronuncia en favor de que la seguridad jurídica que reclama el principio de legalidad es un postulado, *un óptimo deseable*, en ningún caso un valor absoluto, susceptible de total realización.²⁷⁴ El fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica, pues las garantías derivadas del principio de legalidad para el ciudadano se vulnerarían si pudiese ser sorprendido a posteriori.²⁷⁵

²⁷¹ Cfr. SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*El Principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 44; PÉREZ LUÑO, AE., En “*Seguridad Jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia*”. En Boletín de la Facultad de Derecho. (UNED). Nº 15. Ob. Cit. Pág. 26.

²⁷² Vid. PÉREZ LUÑO, AE., La seguridad jurídica es un valor ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas: *corrección estructural*” formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y “*corrección funcional*” cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación. La certeza del derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, que se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. En “*Seguridad Jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia*”. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED) Nº 15. Ob. Cit. Pág. 28 y ss.

²⁷³ Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTON, TS., En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I. Artículos 1 a 18. Editorial Edersa. 1999. Pág. 72.

²⁷⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “El ciudadano -y el Juez- sólo pueden aspirar, con realismo, a cotas razonables de certidumbre, condicionadas histórica y culturalmente. El legislador tiene la obligación de tipificar la conducta punible con la mayor claridad y exhaustividad posible, determinando inequívocamente el contenido “*sustancial*” de aquella a fin de que tanto el ciudadano como el Juez puedan conocer el presupuesto y la consecuencia jurídica de la norma que formula la prohibición penal. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 509.

²⁷⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., No es el único análisis que arroja luz sobre fundamento de la prohibición de retroactividad. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 877.

MACHO PÉREZ, entiende que no puede considerarse un argumento suficiente, -la seguridad jurídica- porque no toda norma retroactiva es contraria a la seguridad jurídica, ni en su vertiente subjetiva ni objetiva.²⁷⁶

Para FRIGOLS I BRINES, el fundamento del principio de legalidad que se conecta más estrechamente a la irretroactividad parecer ser la seguridad jurídica.²⁷⁷ Entendida como previsibilidad en sentido estricto, también denominada protección de la confianza en el Derecho alemán, pretende ser un fundamento que atiende a un criterio más “objetivo”. En esta línea de pensamiento se suele apuntar, como posibilidad de previsibilidad y de calculabilidad de las injerencias del poder estatal y, concretamente, del Derecho penal por parte del ciudadano, el cual, de esta forma puede conocer de antemano tanto la valoración, como las consecuencias de su conducta antes de actuar, de forma que no puede ser sorprendido a posteriori con valoraciones o consecuencias distintas de las previamente establecidas.²⁷⁸ Esta previsibilidad exige que las normas penales sean tan concretas como sea posible, para que el ciudadano no pueda verse sorprendido en la aplicación de la misma por medida de la discreción judicial. En este sentido la retroactividad de una norma penal debe quedar excluida, en la medida en que nunca puede ser previsible y de esta manera siempre se protege al ciudadano.²⁷⁹

Por su parte LANDECHO VELASCO, sitúa el fundamento de la prohibición de retroactividad de las leyes en el mismo que el de la legalidad: evitar el posible abuso estatal del poder punitivo y con ello dar seguridad jurídica al ciudadano, al garantizarle que no podrá ser castigado por conductas que, cuando fueron realizadas, no constituían delito.²⁸⁰

En opinión de la mayoría de la doctrina penal el fundamento del principio de irretroactividad de las leyes penales se encuentra en la seguridad jurídica, al ser

²⁷⁶ Vid. MACHO PÉREZ, AB., Por lo que respecta a la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica no son contrarias a dicho principio, las normas retroactivas favorables al ciudadano. Respecto a la vertiente objetiva de éste principio, tampoco son contrarias aquellas normas cuya retroactividad persigue mediar una situación de inseguridad jurídica (el caso de una norma que sustituye retroactivamente una normativa anterior objetivamente confusa, clarificando una determinada situación jurídica) En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 234.

²⁷⁷ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., De todo lo que se alega para justificar el principio de legalidad destaca la seguridad jurídica, como punto de conexión, en relación al principio de irretroactividad. En “*Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 276 y ss.

²⁷⁸ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Remite, este autor, a la doctrina alemana, para buscar el fundamento de previsibilidad y el alcance del mismo. En “*Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 284 y ss.

²⁷⁹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*”. Ob. Cit. Pág. 287.

²⁸⁰ Cfr. LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 144.

necesario que todo individuo pueda tener conocimiento, con anterioridad a la comisión de hechos considerados delictivos, de sus posibles consecuencias, siendo la Constitución garante de esa confianza del ciudadano. No obstante, no es ésta la única pauta fundamentadora del principio de irretroactividad, que debe ser completada con otros criterios para lograr una justificación sólida.

1.2.2 TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es límite al *ius puniendi* estatal y significa el sometimiento judicial a la Ley. JIMÉNEZ DE ASÚA, vincula la irretroactividad de la norma penal con el principio de legalidad, y en concreto en la expresión de dicho principio a través de su formulación “*nullum crimen sine praevia lege*”.²⁸¹

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN se inclinan por fundamentar la prohibición de retroactividad de la Ley penal, en torno a los criterios que dimanen del régimen de garantías derivadas del principio de legalidad, es decir, en la concreción de dicho principio. La ley penal se preocupa de hechos futuros, no de los pasados, porque se legisla hacia el futuro, no hacia la historia, consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo. Coinciden en la naturaleza irretroactiva de las leyes penales, como regla general, por ser un dictado de vigencia del principio de seguridad jurídica que constituye el soporte del Derecho Penal evolucionado.²⁸²

El principio de legalidad implica importantes garantías para el ciudadano frente al Estado, que “*limita*” el ejercicio que éste puede hacer del poder punitivo, del *ius puniendi*. Estas garantías quedan agrupadas en Garantía Criminal, Penal, Jurisdiccional

²⁸¹ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., La no retroactividad como axioma constitucional se deduce de la regla, unánimemente reconocida, de que los hombres deben ser juzgados y condenados por “*ley anterior a su perpetración*”, la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo confirma. En “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana. 1989. Pág. 151.

²⁸² Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I. Artículos 1 a 18. Ob. Cit. Pág.72. En este sentido STC 173/1996 de 31 de octubre. Pleno. Ponente Fernando García-Mon y González-Reguer. Fundamento de Derecho tercero “*la seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio. Y aun cuando resulta claro que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio artículo 9.3 de la Constitución, ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, si protege, en cambio la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede transcender a la interdicción de la arbitrariedad*”.

y de Ejecución. Es el triunfo frente a la arbitrariedad en el Derecho punitivo, eje sobre el que gira el Derecho penal y garantía de libertades personales, razón por la que gran parte de los tratadistas de Derecho penal basan la fundamentación de la prohibición de retroactividad en este principio, coordinado con otros criterios.

1.2.2.1 GARANTÍA CRIMINAL

Esta garantía exige que el delito se encuentre determinado, previamente, por ley. Ha de estar tipificada la conducta, previamente, por la Ley (*nullum crimen sine lege*). Actúa en el momento de la definición legal del delito, impide el “*delito natural*”, las conductas delictivas surgidas del poder ejecutivo y los tipos creados por vía judicial, jurisprudencial o a través de acuerdos adoptados en *Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*.²⁸³

Quedan vinculadas a esta garantía, las exigencias genéricas derivadas del aforismo “*nullum crimen*” (*lex previa, lex scripta, lex scripta y lex certa*).²⁸⁴

No pueden calificarse como delictivas, aquellas conductas no definidas como tales, aunque sean desvaloradas socialmente, consideradas deshonestas o inmorales. Estas exigencias aparecen reconocidas en los artículos 25.1 y 9.3 Constitución y en los artículos 1, 4.1 y 95 Código Penal.²⁸⁵

²⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*” PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La jurisprudencia vulnera “*nullum crimen*”, hasta en tres supuestos: cuando la condena descansa en un criterio jurisprudencial elaborado por los Tribunales sin habilitación legal alguna (delito continuado); cuando los Tribunales acuden a la analogía para fundamentar o agravar la responsabilidad criminal (la forma omisiva del delito de prevaricación del artículo 404 CP; y cuando el órgano jurisdiccional se aparta de los cánones establecidos en la Constitución para interpretar la ley (STS de 28 de febrero. Resolución 197/2006 Sala Segunda. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, sobre cómputo de redención de penas por el trabajo, -doctrina Parot). En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I y II Ob. Cit. Pág. 490, 502, 804 y ss.; En este sentido MARTÍNEZ FRANCISCO, N., En “*Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*”. Ob. Cit. Pág. 48, 174 y ss.

²⁸⁴ Vid. MIR PUIG, S., *Lex praevia*, expresa la prohibición de retroactividad de leyes que castigan nuevos delitos agravan su punición; *lex scripta*, excluye la costumbre como fuente del Derecho Penal; *lex stricta* impone cierto grado de precisión de la ley y excluye la analogía “*in malam partem*” y *lex certa* o prohibición de clausulas indeterminadas. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Reppertor. Novena Edición. Barcelona 2011. Pág. 107; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 489.

²⁸⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 489 y ss.; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 117 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 102.; MIR PUIG, S., En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 106.

1.2.2.2 GARANTÍA PENAL

A través de esta garantía, la ley debe determinar claramente la clase de pena que procede imponer a cada delito y su duración “*nulla poena sine lege*”.

Impide penas indeterminadas y prohíbe a los tribunales imponer penas distintas a las señaladas por Ley, aunque pueda excepcionar el régimen general, introduciendo reglas específicas para sustituir unas penas por otras.²⁸⁶

Consagrada en artículo 2 Código Penal, la previsión contenida en artículo 4.3 del citado texto, también es consecuencia de la misma.²⁸⁷

1.2.2.3 GARANTÍA JURISDICCIONAL

Nadie puede ser condenado, sino en virtud de sentencia firme dictada por Juez o Tribunal competente en juicio seguido con las garantías establecidas en la ley “*nulla poena sine legali iudicio*.”

Es necesario seguir los trámites procesales previstos legalmente, debe decidirlo un órgano judicial legitimado para dictar sentencias y se deben cumplir los plazos señalados para posibles recursos, hasta la firmeza de la sentencia, decisión por la que deja de ser inocente o no el reo. El juez competente, predeterminado es quien interpreta la Ley, (poder judicial).²⁸⁸

Queda proclamada en los artículos 24.2 y 117.3 Constitución, artículos 1 y 2 Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 3.1 Código Penal y artículo 1 de Ley de Enjuiciamiento Criminal.²⁸⁹

²⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRNO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*” PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La expulsión del extranjero, como sustitución preceptiva de pena o medida de seguridad, al no residente legalmente en España, frustra las funciones de la pena y vulnera los presupuestos de las medidas de seguridad (art. 89, 95, 96 y 108 CP). En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 493.

²⁸⁷ Cfr. LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 117 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Ob. Cit. Pág. 492 y ss.; MIR PUIG S., En “*Derecho Penal*”. PG. Ob. Cit. Pág. 106.

²⁸⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 111; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 118; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 495 y ss.

²⁸⁹ Constitución española de 1978, cit. artículo 24 “*Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*” cit. artículo 117 CE “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos....corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”. Ley

1.2.2.4 GARANTÍA DE EJECUCIÓN

Mediante esta garantía sólo puede ejecutarse pena o medida de seguridad, en forma legalmente establecida “*nulla executio sine lege*”. Reclama que la ejecución de pena esté sujeta a una ley que la regule. Actúa en el momento de ejecución de penas y medidas de seguridad y es compatible con la excepción que presenta la *suspensión de la pena* (art. 80 y ss CP) y *suspensión de ejecución* (art. 4.4 para indultos CP).

Ha sido reconocida expresamente en el artículo 3.2 del Código Penal y en las disposiciones que rigen la ejecución de penas privativas de libertad contenidas en Ley General Penitenciaria y su Reglamento.²⁹⁰

1.2.3 TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. TEORÍA DE SAVIGNY

Para los seguidores de esta teoría, la irretroactividad de la ley tiene su fundamento en el respeto a los derechos adquiridos, en virtud de la legislación anterior.²⁹¹

Supone que ley posterior en el tiempo podrá desplegar todos sus efectos hacia el pasado, siempre que no suponga menoscabo de derecho ya adquirido, en el momento de su entrada en vigor.²⁹² Han intentado, sus adeptos, definir el concepto de derecho

Orgánica del Poder Judicial, cit. artículo 2 “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*”. Código Penal de 1995, cit. artículo 3.1 “*No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme por el Juez o Tribunal competente.*” Ley de Enjuiciamiento Criminal, cit. artículo 1 “*No se impondrá pena alguna....sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente*”.

²⁹⁰ Vid. MIR PUIG, S., En “*Derecho Penal*”. PG. Ob. Cit. Pág. 106 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Ob. Cit. Vol. I. Pág. 499 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 11 y ss.

²⁹¹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 637.; REYES MONTERREAL, JM., En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Instituto Editorial Reus. Madrid 1965, Pág. 1040 y ss.; DÍEZ-PICAZO, LM/GULLÓN, A., Tuvo mucha importancia y fue indiscutida en el momento histórico de la codificación. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 110.; DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Pág. 68.

²⁹² Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 68 y ss.

adquirido, para lograr una base sobre la que poder diferenciar situaciones jurídicas que permanecen regidas por la antigua y por la nueva ley. Para GABBA, los derechos adquiridos “*son aquellos que entraron a formar parte del patrimonio, consecuencia de un hecho idóneo o susceptible de producirlo en virtud de una ley vigente en el tiempo en que el hecho ha sido realizado y se ha incorporado al patrimonio de la persona, aún cuando la ocasión de ejercerlos se presenta únicamente bajo la ley nueva*”.²⁹³

FIORE distingue, derechos adquiridos, facultades y simples expectativas. La nueva ley puede ser retroactiva si afecta a facultades y meras expectativas, pero no puede lesionar ni perjudicar derechos firmemente adquiridos, que han entrado en el patrimonio de la persona.²⁹⁴ La dificultad surge cuando debemos diferenciar ambas categorías, al tener que desplazar el centro de la problemática a otro punto.²⁹⁵

Ha sido, la más difundida y dominante en esta materia. Aparece en el Código Civil español, “*las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efectos retroactivos*” (DT preliminar).

La crítica dirigida a esta teoría se plantea por la dificultad de fijar el concepto de derecho adquirido y limitar su diferencia con las simples expectativas; porque sólo son objeto de la irretroactividad, relaciones jurídicas y hechos realizados, excluyendo la protección de derechos; y por la concepción del derecho adquirido como derecho privado, excluyendo derechos públicos y relaciones jurídicas de carácter personal.

Resulta fundamental determinar qué debe considerarse como situación jurídica consumada de cara a aplicar de forma retroactiva la norma jurídica, toda vez que busca

²⁹³ Vid. GABBA, CF., En “*Teoría della retroattività delle leggi/esposta da C.F.*” 3ª edizione riveduta e accresciuta dall'autore con richiamo alla più recente giurisprudenza. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1898. Pág. 191.

²⁹⁴ Vid. FIORE, P., En “*De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*” Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almoguera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. 4ª Edición. Editorial Reus. 2009. Pág. 42 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 637.; SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*” Ob. Cit. Pág. 55.; Díez-PICAZO, LM/GULLÓN, A., Si se aplicase esta teoría conllevaría al inmovilismo jurídico y al mantenimiento de normas distintas para regir una misma realidad. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 111.

²⁹⁵ Cfr. DÍAZ AZNARTE, MT., No obstante, este posicionamiento ha supuesto un notable avance en relación a las restantes construcciones doctrinales elaboradas al amparo de la noción de derecho adquirido, al flexibilizar el marco de actuación de la nueva legislación, toda vez que se excluyen del concepto de retroactividad los efectos de la normativa posterior, sobre las expectativas de derecho, aunque su delimitación aparezca confusa. En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 74.

la aplicación ultraactiva de la norma jurídica.²⁹⁶ Partidarios de esta teoría son Wolff, Pfeiffer, Gabba y Lasalle, entre otros.²⁹⁷

SAVIGNY exponente de las últimas manifestaciones de ésta doctrina, intenta superar deficiencias. Su exposición se conoce con el nombre de “*Teoría de Savigny o de las reglas de adquisición y de la existencia de los derechos*”. Contribuye a resolver problemas planteados en torno a los límites de la retroactividad de leyes. Distingue entre leyes referidas a adquisición de derechos y referidas a existencia o inexistencia de una institución jurídica. Las leyes nuevas referidas a adquisición de derechos tienen como límite, no prejuzgar derechos adquiridos, ni consecuencias posteriores del mismo, por respeto a la seguridad en las relaciones jurídicas. Las referidas a instituciones jurídicas si son objeto de retroactividad, para lograr relaciones nuevas y por consideraciones de orden público.²⁹⁸ La dificultad reside en distinguir cuándo cada norma pertenece a uno u otro tipo de reglas.²⁹⁹

El Tribunal Supremo viene estableciendo “*el respeto a los derechos adquiridos exige que la promulgación de nuevas normas jurídicas no impida que los actos realizados bajo el imperio y vigencia de las disposiciones anteriores puedan seguir*

²⁹⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 637 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 713 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., Sólo tuvo reflejo esta doctrina en regímenes autoritarios, como el soviético y el nacional-socialista. En “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 157.; JIMÉNEZ ALEMÁN, JA., En “*La aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo: Algunas reflexiones en el ámbito del Derecho Administrativo frente a situaciones concretas*”. Revista Jurídica SSIAS. Año 6 n° 6 Julio 2013. Universidad Señor de Sipán. Perú. Pág. 4.

²⁹⁷ Cfr. ESPÍN CANOVAS, D., En “*Manual de Derecho Civil Español*”. Volumen I. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Quinta Edición. Madrid 1974. Pág. 166.; DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 718 y ss.; DíEZ-PICAZO, LM/ GULLÓN, A., Lasalle negaba la retroactividad de las leyes únicamente en cuanto pudiesen afectar a los resultados de la acción de la voluntad humana. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 111.

²⁹⁸ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 636.; DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 713 y ss.; REYES MONTERREAL, JM., En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1041; MACHO PÉREZ, AB., En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 149 y ss.; SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*El principio de irretroactividad de las Normas Jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 53 y ss.; DíEZ-PICAZO, LM/GULLÓN, A., En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 112; ESPÍN CANOVAS, D., Se le critica la imposibilidad de deslindar claramente ambas categorías de leyes. En “*Manual de Derecho Civil Español*”. Volumen I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 166 y ss.

²⁹⁹ Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 75.

produciendo efectos jurídicos durante el impero de aquellas, excepto si la norma posterior expresamente ordenare la retroactividad (STS de 19 de octubre de 1982).³⁰⁰ Esta doctrina, de origen civilista no puede explicar el fundamento de la irretroactividad de leyes penales, ya que parte de premisas y categorías propias del Derecho Privado, que no pueden extrapolarse con éxito al Derecho Público, para limitar el *ius puniendi* del Estado.³⁰¹

1.2.4 TEORÍA DE LA NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA

El Derecho es una regla de comportamiento, dirigida a ordenar la conducta de hombres que exige respeto de sus normas y su aplicación. La ley no es mero acto de voluntad del legislador y siempre debe ir dirigida al futuro, a sancionar las conductas que se produzcan después de su entrada en vigor. Estos postulados necesitan que la norma sea previamente conocida, cuestión imposible con una ley que tenga carácter retroactivo, al no poder ser infringida.³⁰²

Para ANTÓN ONECA, la irretroactividad de leyes penales es garantía política fundamental, consignada en Constituciones, que contiene fundamentos privativos del campo penal, por varias razones: al ser el delito violación de la norma jurídica no puede existir antes que ésta; la culpabilidad supone una acción contraria entre voluntad del individuo y norma, situación imposible cuando la norma surge posteriormente al acto de voluntad; la pena como retribución es voluntad contraria a la norma y como prevención general mira al futuro, advirtiendo las acciones que se deben evitar.³⁰³

En opinión de GARCÍA-PABLOS, la Ley pretende orientar el comportamiento futuro, trazando pautas claras de conducta que diferencian lo prohibido de lo permitido, situación imposible si la norma no es previa, a la comisión de los hechos que incrimina

³⁰⁰ Vid. STS de 19 de octubre de 1982. Sentencia 415. Sala Primera. Ponente Jaime Santos Briz. Considerando Primero.

³⁰¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 876.

³⁰² Cfr. SUÁREZ COLLÍA, JM., En *“El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia”*. Ob. Cit. Pág. 57 y ss.

³⁰³ Cfr. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En *“Derecho Penal”* Parte General. Gráfica Administrativa. Rodríguez San Pedro. Madrid 1949. Pág. 105 y ss.

y si no pudo tenerla en cuenta el autor, porque aún no había entrado en vigor o no existía como tal norma jurídica.³⁰⁴

Para SÚAREZ COLLÍA, el principio de irretroactividad está relacionado y deriva de dos características esenciales de la norma legislativa: la imperatividad y la coercibilidad.³⁰⁵

El planteamiento que realiza esta teoría responde a la lógica y sus criterios son aceptados por la doctrina penal, pero implica la imposibilidad de retroacción de la norma al pasado, lo que hace inviable su aplicación.

1.2.5 TEORÍA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

La pena criminal solo puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho, debiendo haber ajustado su comportamiento a la norma jurídica. La pena presupone: culpabilidad, sin posibilidad de castigo a quién actúa sin ella y la imposibilidad de superar la medida de culpabilidad.³⁰⁶

La aplicación retroactiva de la Ley, sorprendería al autor que incurriese en aquella figura delictiva no calificada como tal y vulneraría las exigencias de culpabilidad. Para la mayor parte de la doctrina partidaria de esta teoría, la culpabilidad es fundamento, aunque no el único, del principio de irretroactividad de la ley penal.

GARCÍA-PABLOS, se apoya en este criterio, para fundamentar la prohibición de retroactividad, y explica que la retroactividad hace perder a la Ley su función “*motivadora*” y el castigo de la conducta dependería de cambiantes valoraciones políticas y del oportunismo.³⁰⁷

³⁰⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El principio de la no retroactividad de las normas penales se aviene fielmente a la estructura y función de las norma jurídicas que legisla hacia el futuro, no hacía la historia”. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II Ob. Cit. Pág. 875.

³⁰⁵ Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., En *“El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia”* Ob. Cit. Pág. 58.

³⁰⁶ Vid. JESCHECK, HH., En *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Cuarta Edición corregida y ampliada. Granada 1993. Pág. 19.

³⁰⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La prohibición de retroactividad, de algún modo, viene reclamada por los conceptos de “delito”, “culpabilidad” y “pena” y poderosas exigencias de política-criminal. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II Ob. Cit. Pág. 564; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., No existe grado de discusión en torno a que la pena en su fundamento y en sus límites depende del grado de participación o responsabilidad del sujeto en la realización del delito y si falta cuando hay no hay dolo o imprudencia o cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, carece de sentido imponer una pena ya

FIORE fundamenta la irretroactividad, en los mismos conceptos de justicia que constituyen la base del derecho a castigar y la conminación de la pena. El fin de la pena no puede ser venganza, intimidación o reparación del daño sufrido por el ofendido, sino el restablecimiento del orden jurídico violado por el delito. Sin embargo la sociedad carece del derecho de aplicar penas de la nueva Ley, a delitos cometidos antes de su promulgación, -aunque la modificación de la Ley penal sea más justa- y no pueden tener fuerza obligatoria, aquellos preceptos establecidos por el legislador, en lo relativo a imputación y en lo concerniente al mal proporcional, sino a partir del momento en que fueron promulgados y fijada la pena correspondiente a ese delito.³⁰⁸

Tiene su origen en Alemania y entre sus adeptos destacan Bockelmann y Sax, pero la formulación del principio de legalidad, consecuencia de la Ilustración, supuso el abandono de esta tesis, siendo la legalidad, el principal objeto de sus críticas.³⁰⁹ La aplicación retroactiva de la ley penal, sorprendería al autor que incurriese en aquella figura delictiva, pero vulneraría las exigencias de culpabilidad.³¹⁰

1.2.6 TEORÍA DEL HECHO JURÍDICO CUMPLIDO

Surge como reacción a las teorías clásicas que centran, la solución del problema del conflicto de leyes en el tiempo, en la consideración de los derechos adquiridos.

Para esta teoría, cada norma jurídica debe aplicarse a hechos que ocurran durante su vigencia, bajo su aplicación inmediata. Lo que importa es que el hecho se haya

que la norma penal no puede desarrollar su función motivadora. En *"Derecho Penal"* Parte General. Ob. Cit. Pág. 92 y ss.

³⁰⁸ Vid. FIORE, P., En *"De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada"*. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almuquera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. Ob. Cit. Pág. 362 y ss.

³⁰⁹ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En *"Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales"*. Ob. Cit. Pág. 278 y ss.; SUÁREZ COLLÍA, JM., En *"El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia"*. Ob. Cit. Pág. 59.

³¹⁰ Vid. OLIVER CALDERÓN, G., Si se acepta que para que haya culpabilidad no es necesario conocer la medida concreta de pena con que la ley penal amenaza la realización de una conducta, quienes ven en la culpabilidad el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales tendrían que, consecuentemente, admitir que sólo serían irretroactivas las leyes que tipificaran nuevos delitos, pero no las que agravan las penas de delitos ya tipificados. En *"Retroactividad e irretroactividad de las Leyes Penales"*. Editorial Jurídica de Chile. 2007. Pág. 75 y ss.

cumplido (*facta praeterita*) cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece.³¹¹

El problema se plantea cuando surgen efectos jurídicos de esos hechos y siguen vigentes a la entrada en vigor de la nueva norma, pues no existe unanimidad en relación a la ley por la que deben regirse, retornando al punto de partida.³¹²

La versión más extrema, ha sido formulada por FERRARA, para quien todo hecho jurídico, acaecimiento fortuito o acto jurídico, se regula, en lo que concierne a condiciones de forma o de fondo, y en lo que afecta a todos sus efectos, pasados, presentes y futuros, de conformidad con la regla “*tempus regit actum*”. La irretroactividad implica que deben quedar intactos los efectos ya desplegados, los que se están desplegando a la entrada en vigor de la ley nueva y aquellos que se producirán después. Diferencia efectos desplegados, pendientes y futuros. La única excepción es, que la nueva ley excluya expresamente eficacia a la antigua ley.³¹³

Se alega en contra, que trata de alargar la vida de la antigua ley al máximo y que no tiene en cuenta, para solucionar el conflicto de leyes, las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos.³¹⁴

³¹¹ Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 77 y ss.

³¹² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN, A., En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 112 y ss.

³¹³ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., La excepción al principio de que las leyes nuevas no influyen sobre hechos jurídicos cumplidos, tiene como excepción única que la ley disponga lo contrario y esa voluntad legislativa puede ser expresa o tácita. En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 638 y ss.; SUÁREZ COLLÁ, JM., En “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*” Ob. Cit. Pág. 60; DÍEZ-PICAZO, LM/GULLÓN, A., En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 112; JIMÉNEZ ALEMÁN, JA., Esta teoría protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general. En “*La aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo: Algunas reflexiones en el ámbito del Derecho Administrativo frente a situaciones concretas*”. Revista Jurídica SSIAS. ESCUELA DE Derecho. Año 6 nº 6. Ob. Cit. Pág. 5 y ss.; DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 79.

³¹⁴ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Entre las dificultades que suscita, la aplicación a los contratos de tracto sucesivo, nacidos durante la vigencia de una ley en curso de ejecución al publicarse la ley nueva. Cuestión que choca con los contratos laborales, que si bien están creados al amparo de una legislación, deben ser acomodados a la legislación que va surgiendo, respecto a las mejoras. En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 639; ESPÍN CANOVAS, D., Si se genera un derecho bajo una ley A y produce determinados efectos, posteriormente esta ley es cambiada por otra B y a partir de la vigencia de ésta, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a la B y no ser regidos por la A. Seguidores de esta doctrina son Coviello, Ferrara, Chironi y Abello. En “*Manual de Derecho Civil Español*”. Volumen I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 166.; DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas*”.

1.2.7 TEORÍA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD O TEORÍA DE ROUBIER

Relacionada con la regla “*tempus regit actum*” deriva de “*facta praeterita*” y surge con la iniciativa de solventar incógnitas de la teoría del hecho jurídico realizado. Sustituye hecho jurídico, por norma jurídica y distingue entre efecto inmediato de la norma, cuando afecta a efectos futuros de hechos pasados y efecto retroactivo, cuando se refiere a efectos pasados de hechos pasados, es decir diferencia entre efecto retroactivo y efecto inmediato. El segundo está prohibido, pero el efecto inmediato constituye derecho común, debe ser regla general, basada en la conveniencia de uniformidad jurídica, pero no fija el alcance del efecto inmediato.

Pone de manifiesto la indeterminación del concepto de retroactividad y supera la clasificación entre grados sustituyendo la misma por efecto inmediato (grados débil y medio) y retroactivo de la ley.³¹⁵ Ha de hablarse de efecto inmediato más que de retroactividad, pues nada puede borrar lo que ya ha sucedido ni los efectos jurídicos producidos. Cambia la noción de derecho subjetivo por el de situación jurídica. Efecto inmediato de la nueva ley es regla general, basada en la unidad jurídica, más innovadora que la anterior. Sin embargo encuentra problemas de aplicación para el caso de no apreciar un hecho, sino sus consecuencias y en este sentido diferencia hecho y efectos.³¹⁶

Calificada como la más moderna, completa e importante de las que se han dedicado al estudio del Derecho intertemporal, aporta una solución intermedia respecto a situaciones en curso, creadas en el pasado y todavía existentes al tiempo de publicarse la nueva ley.³¹⁷

en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes”. Ob. Cit. Pág. 81.

³¹⁵ Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 81 y ss.

³¹⁶ Cfr. JIMÉNEZ ALEMÁN, JA., En “*La aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo: Algunas reflexiones en el ámbito del Derecho Administrativo frente a situaciones concretas*”. Revista Jurídica SSIAS. Escuela de Derecho. Año 6 nº 6. Ob. Cit. Pág. 6 y ss.; DÍEZ-PICAZO, LM/GULLÓN, A., Distingue: Constitución o existencia. Las nuevas leyes no afectan a situaciones creadas o extinguidas bajo la ley antigua; Contenido y efectos de una situación jurídica, cuando la nueva ley tiene eficacia sobre los efectos de la misma que no se hayan producido todavía, salvándose los efectos ya producidos con anterioridad. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 113.

³¹⁷ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 714 y ss.; MACHO PÉREZ, AB., En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 163; También LÓPEZ MENUDO, F., En “*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 81 y ss.; REYES

Las críticas se basan en la no resolución, de manera precisa, del problema de sucesión de leyes en el tiempo, porque no define con exactitud cuál de los dos principios que entran en juego rige, sin excepción, el de no retroactividad o el del efecto inmediato, teniendo que analizar, caso por caso, las situaciones que se presentan. También se critica que traslada el problema del efecto inmediato al ser sustituido el término por el de retroactividad.

La retroactividad o irretroactividad de una norma es facultad del legislador y su poder está limitado al ejercicio de su función.

2. RETROACTIVIDAD

2.1 CONCEPTO

Se puede hablar de retroactividad, cuando, sobreviven supuestos, actos, relaciones, situaciones o efectos jurídicos que tienen su origen en una norma anterior, que traen causa de la misma, y ésta ha sido derogada por otra posterior. Para saber cuándo estos efectos van a ser regidos por una Ley anterior o una Ley nueva y aplicar una u otra, en situaciones en que la elección no viene impuesta por el legislador, quedando al criterio interpretativo del órgano judicial, acudimos al Derecho transitorio.

Existe retroactividad cuando debe aplicarse, Ley o norma jurídica nueva, a relaciones y efectos jurídicos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor (la norma se retrotrae y tiene efectos sobre el pasado). Caso contrario es ultraactividad, cuando se aplica la norma vieja, a efectos jurídicos surgidos, cuando aquella ya ha sido derogada.³¹⁸

DE CASTRO y BRAVO, habla de retroactividad “*cuando a una relación jurídica conformada por una norma jurídica de fecha anterior le es aplicada una ley*

MONTERREAL, JM., En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1041.; CASTÁN TOBEÑAS, J., En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 640.

³¹⁸ Vid. PASCUAL MEDRANO, A., En “*Código Civil Comentado*”. Volumen I. Título Preliminar. Dirigido por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández. Thomson Reuters. Editorial Civitas. Primera Edición 2011. Pág. 52.

nueva, de fecha posterior, de modo que le afecte de forma sustancial”.³¹⁹ Es una modificación actual de situaciones jurídicas existentes, para dar la configuración que hubiese correspondido de haber estado vigente, la Ley nueva, en tiempo anterior a su promulgación.

GARCÍA VALDECASAS, define la retroactividad como, la atribución a una norma o a un hecho jurídico, de efectos que se habrían producido de haber estado vigente aquélla o haber existido éste, en tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho.³²⁰

Señala LÓPEZ MENUDO que el concepto de retroactividad es el *arquetipo mismo de la equivocidad*: un concepto elástico y polémico como pocos. Todos los problemas que surgen a la hora de aplicar este concepto convergen en qué consiste la retroacción o cuándo se ha de considerar que una norma retroacciona.³²¹

La jurisprudencia distingue entre retroactividad y aplicación inmediata (retroactividad impropia). El primer caso ocurre cuando se trasgreden los límites de lo permitido; se puede equiparar a la retroactividad auténtica o de grado máximo. El segundo caso se produce, cuando los efectos retroactivos han de ser tolerados; también es llamada por la doctrina retrospección, y en ésta una norma puede variar situaciones jurídicas constituidas de acuerdo con normas anteriores, cuando los efectos de tales situaciones aún no se han producido. (Supone esta acepción, la inutilización del término “*retroactividad*” para todo lo que no sea retroacción prohibida).³²²

El artículo 9.3 CE, como ya se ha apuntado, establece límites a la posible retroactividad de normas y a partir de este momento, cualquier retroacción de ley que pueda vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas deviene inconstitucional. Supone un límite para el Estado y garantía para el ciudadano, porque al dejar de ser

³¹⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., Este significado es conforme al artículo 2.3 CC (antiguo 3 CC) y no se puede hallar partiendo de la antigua o la nueva ley, sino teniendo en cuenta la defensa de las situaciones jurídicas que predica. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723.

³²⁰ Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., En “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*”. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1 Enero a marzo. 1966. Pág. 47.

³²¹ Vid. LÓPEZ MENUDO, F., La causa de que el concepto de retroactividad se torne huidizo y controvertido, depende del punto desde el que quede establecida la prohibición de que la norma se accione hacia atrás o accionada hacia delante afecte a hechos que tienen raíces en el pasado. En “*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 75.

³²² Vid. LÓPEZ MENDUDO, F., En “*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 76; GARCÍA VALDECASAS, G., En “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*”. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1. Ob. Cit. Pág. 51.

desvalorados por el legislador, determinados hechos, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo consecuencias de leyes consideradas inadecuadas.³²³

No se permite otorgar eficacia legal en período de “*vacatio legis*”, -período entre el inicio de la publicación y el momento de su vigencia-, que constituye el término “*a quo*” de la retroactividad de normas favorables.³²⁴

La posibilidad de inclinarse por la norma más favorable al reo, en sucesión de leyes en el tiempo, es tarea no siempre fácil. Los casos más claros, son los de despenalización, pero existen otros supuestos no tan nítidos, cuando se dispensa un nuevo tratamiento de la materia. En estos casos, para determinar si la nueva ley es más favorable, hay que analizar las consecuencias penológicas, al resultar una ley penal más o menos favorable, siempre, en atención a la consecuencia jurídica. Habría que calcular la pena aplicada y la que correspondería aplicar según la nueva regulación, en todo caso, aplicación en concreto.³²⁵

Cuando dos o más leyes resulten homogéneas, es sencillo el cálculo que determina ley penal más favorable, y el reo, en última instancia ser pronuncia por la pena que le es más favorable, por decisión individualizada.

El concepto de retroactividad adoptado por el Ordenamiento español, es amplio, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2 CP, *si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero antes del juicio, deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte y la ley posterior más favorable deberá desplegar efectos retroactivos incluso si hay sentencia firme y se cumple condena.*³²⁶ A pesar de esta

³²³ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 141; Contrario a esta postura y basado exclusivamente en la benignidad hacia el reo LANDECHO VELASCO, CM/ MOLINA BLÁZQUEZ, C., Para estos autores si el legislador dictase normas más gravosas, en base al criterio señalado habría que castigar a los que cometieron esos hechos en el pasado. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 146.

³²⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La redacción del artículo 2.2 del Código Penal ha puesto fin a la polémica suscitada en torno a este planteamiento, consecuencia de la redacción del artículo 24 del Código Penal de 1973, que suscitaba dudas en torno al momento en que la norma podía tener eficacia retroactiva.” En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 902 y ss. También la Circular de la Fiscalía 2/1983 se pronunciaba a favor de su aplicación en período de “*vacatio*”. Pág. 443 y ss.

³²⁵ Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 213 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 905.

³²⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En estos casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley (la extinción de la condena o la disminución de la pena). En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 142; MACHO PÉREZ, AB., Es un concepto amplio, que comprende las situaciones pendientes o en curso, incluyendo tanto los efectos pasados, como los pendientes y futuros y evita distinguir entre las partes pasadas y futuras de las situaciones preexistentes, considerándolas “en bloque”. En “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Ob. Cit. Pág. 164; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La fórmula utilizada en el artículo 2.2 es

amplía concepción, en relación a efectos retroactivos de sentencias firmes, la jurisprudencia ha negado su aplicación, a la reincidencia y a la cancelación de antecedentes penales, salvo en caso de que la nueva ley despenalice una conducta.³²⁷

Determinar cuando estamos ante un supuesto de retroactividad y cuando se aplica el principio “*regis tempus actum*”, no es sencillo, al carecer de un concepto constitucional o legal, en el que, fundamentar la decisión acogida. Por otra parte las soluciones jurisprudenciales o doctrinales no resultan precisas, siendo la mayoría de las veces construcciones que parten de concretas relaciones jurídicas.

2.2.1 CLASES DE RETROACTIVIDAD

La aplicación retroactiva puede ser expresa, cuando el legislador realiza una proclamación formal de su aspecto retroactivo y delimita la afección de la nueva ley a relaciones existentes, antes de ser promulgada la nueva ley, (artículo 2.3 CC); también puede aparecer de manera tácita, cuando del sentido y finalidad de la ley resulta clara la intención del legislador.³²⁸

amplísima y rebasa las barreras de la *cosa juzgada*. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*.” Vol. II. Ob. Cit. Pág. 903.; Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Proclama la retroactividad de la ley más favorable, aun cuando haya recaído sentencia firme y el reo esté cumpliendo condena. No puede convencer la santidad de la cosa juzgada y los argumentos de orden público, ni tampoco el indulto que es una ficción y para este autor ha de proclamarse la realidad. En “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 159; GARCÍA VALDECASAS, G., En “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*” Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1. Ob. Cit. Pág. 48.

³²⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El Tribunal Supremo, inicialmente extendió el alcance de la retroactividad de la ley favorable al reo a las sentencias ya ejecutadas en el caso puntual del incremento de las cuantías que delimitan el delito de la falta. Después las leyes de 8 de abril 28 de diciembre de 1974 y 8 de mayo de 1978, establecían la no rectificación de los antecedentes penales por razón de la modificación de tales cuantías, varió la doctrina jurisprudencial, con la excepción de la previsión establecida en el artículo 10 de R.O de 5 de diciembre de 1892. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cita Pág. 903 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN, M., Aquellas modificaciones legislativas por las que se actualizan determinadas cuantías establecidas por ley si, resultan beneficiosas para quienes hubieran cometido un delito, que ahora, con dicha disposición legal, pasa a ser considerado falta, pero no se trata de un verdadero supuesto de sucesión de leyes, sino de una adecuación al cambio de precio de las cosas, objeto del delito, en función de las circunstancias económicas. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 142 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 214.; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., Nuestra legislación es de las más generosas en Derecho comparado. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 146.

³²⁸ Vid. Por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723; CASTÁN TOBEÑAS, J., Cita STS de 10 de junio de 1927. En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 641; VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática General*”. Ob. Cit. Pág. 97; COLINA GAREA,

La expresa, no plantea oposición, salvo la derivada de la inconstitucionalidad, en supuestos de vulneración del artículo 9.3 de la CE, porque el principio consagrado en éste artículo, contiene dos límites expresos a la retroactividad; *disposiciones sancionadoras no favorables y disposiciones restrictivas de derechos individuales*.³²⁹

El legislador prescribe expresamente la retroactividad o interesa que se deduzca tácitamente, sin una regla expresa que así lo establezca. El alcance de la retroacción, se determina, conforme a redacción o finalidad de su mandato y para ello la doctrina apunta diferentes grados de intensidad de la retroactividad: grado máximo, medio o mínimo.

DE CASTRO, enumera disposiciones que, por su carácter, implican un tácito efecto retroactivo; normas interpretativas o aclaratorias, que vienen a suplir lagunas legales, leyes de interpretación del contenido y del alcance de lo promulgado que adquieren eficacia cuando la norma aclarada, por ella, hubiera entrado en vigor;³³⁰ disposiciones complementarias o ejecutivas, que son mero desarrollo de Ley

R., Lo ideal sería que, en supuestos de retroactividad expresa, el autor de la norma fijase el alcance del efecto retroactivo ordenado. En *"Comentarios al Código Civil"*. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Valencia 2013 Pág. Pág. 110.

³²⁹ En STC 27/1981 de 20 de julio. Pleno. Ponente Plácido Fernández Viagas. Fundamento de Derecho Décimo; STC 6/1983 de 4 de febrero. Pleno. Ponente Luis Díez-Picazo. Fundamento de Derecho Tercero.; STC 150/1990 de 4 de octubre. Pleno. Ponente: Jesús Leguina Villa. Fundamento de Derecho Octavo.

³³⁰ Vid. Por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., En *"Derecho Civil de España"*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 727.; PASQUAU LIAÑO, M., Cita como ejemplos de leyes aclaratorias, entre otras: STS 17 de septiembre de 1996. Resolución 713/1996. Sala Civil. Ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes. Fundamento Jurídico Segundo, para justificar la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor; la RDGRN de 25 de abril de 1988 en relación al art. 17.2 CC en su redacción dada por la Ley 52/1982 de 13 de julio, que asumió la interpretación del precepto en su anterior versión que daba la propia Dirección General; la STS de 14 de noviembre de 2002. Resolución 1068/2002. Ponente Francisco Marín Castán. Fundamento de Derecho Décimo, en el que considera que no hay infracción del principio de retroactividad cuando la modificación legal no hace más que recoger lo que ya suponía siendo pronunciado por la jurisprudencia en aplicación de la noma antigua temporalmente aplicable (en el caso se trataba de la incompatibilidad entre los intereses moratorios especiales del art. 20 LCS y los del antiguo 921 LEC, que expresamente se estableció por la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. No obstante, en estos supuestos se acepta la posibilidad de entender tácitamente la retroactividad de la norma, al venir ligada al sentido o finalidad de la propia ley. En *"Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil"*. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Editorial Comares. Segunda edición. Granada 2009 Pág. 23; CASTÁN TOBEÑAS, J., En *"Derecho Civil español, común y foral"*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 641 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En *"Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito"*. Ob. Cit. Pág. 155; GARCÍA-VALDECASAS, G., Es lógico entender que el sentido declarado por la interpretación auténtica es el que correspondía a la ley interpretada desde el momento de su promulgación, lo cual evidentemente no supone violación de la misma por la ley interpretativa. En *"Sobre la significación de la no retroactividad de las leyes"*. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1. Ob. Cit. Pág. 51.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E/FERNANDEZ, TR., En *"Curso de Derecho Administrativo I"*. Editorial Thomson Reuters. Decimoquinta Edición. 2011. Pág. 98 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., En *"Curso de Derecho Penal"*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 163.

principal;³³¹ leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, adjetivas y creadoras del proceso, que se aplican con carácter inmediato a procesos en curso, pero no declaran ni perjudican derecho alguno a favor de la parte;³³² disposiciones que condenen situaciones por ser incompatibles a sus fines morales y sociales, anteriormente constituidas.

Se presume de disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes (STC 9/1981 de 31 de marzo);³³³ de disposiciones cuyo objeto es establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo con efecto retroactivo se consigue la uniformidad propuesta.³³⁴ También deben tener eficacia retroactiva, en

³³¹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., Ejemplo pueden ser los reglamentos y ordenanzas que no establecen ni definen derechos, sólo fijan las reglas para la aplicación y el cumplimiento de los declarados por la ley a que se refieren. En *“Derecho Civil de España”*. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 727 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA E/FERNÁNDEZ, TR., En *“Curso de Derecho Administrativo I”* Ob. Cit. Pág. 98 y ss.; VERDERA IZQUIERDO, B., En *“La irretroactividad: Problemática general”*. Ob. Cit. Pág. 100.

³³² La EM del Código Civil dispone *“Pero si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tiene carácter adjetivo y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo”* También GARCÍA DE ENTERRÍA, E/FERNÁNDEZ TR., En *“Curso de Derecho Administrativo I”*. Ob. Cit. Pág. 99; Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Las leyes de organización, competencia y procedimiento que se modifiquen en bien de la justicia, pueden ser retroactivas. En cuanto a la organización judicial y competencia si crean tribunales especiales o comisiones ad hoc, no podrán tener efectos retroactivos, ni ultractividad. Las leyes para perseguir del delito sólo si favorecen al reo pueden ser retroactivas (ejemplo la ley que transforma un delito privado en perseguible de oficio o público). Tampoco las disposiciones sobre pruebas, salvo en lo favorable al reo, ni las que supriman un recurso, pero sí las que lo creen. En *“Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito”*. Ob. Cit. Pág. 158.; ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., Cita a Gómez Orbaneja. Las leyes procesales no se aplica a la anterior conducta punible, sino a los hechos y actos actuales que constituyen el contenido del proceso. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 107; RUIZ ANTÓN, LF., No cabe duda de que la supresión de cualquier requisito o garantía procesal o la ampliación de plazos de prescripción puede entrañar una merma de dichos derechos. En *“El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia”*. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 160; COLINA GAREA, R., Distingue entre las que se refieren al proceso mismo como materia directa de su reglamentación, donde no cabe la retroactividad tácita y las que regulan los trámites procedimentales a los que han de someterse el ejercicio de acciones y derechos donde cabe la retroactividad al ejercicio de derechos no ejercitados en el momento en que la nueva ley entra en vigor. En *“Comentarios al Código Civil”*. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág. 110; LLABRÉS FUSTER, A., Las leyes que regulan sus aspectos sustantivos, detención, prisión provisional, no pueden aplicarse con carácter retroactivo aquellas que restringen derechos individuales. En *“Comentarios al Código Penal”*. Director Manuel Gómez Tomillo. Editorial Lex Nova. Enero 2011. Pág. 46.

³³³ Vid. STC 9/1981 de 31 de marzo. Sala Civil. Ponente Rafael Gómez-Ferrer Morant. Fundamento de Derecho Tercero. *“Esta significación retroactiva, por lo demás había sido ya puesta de manifiesto por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a Leyes ordinarias (sentencia de 13 de diciembre de 1966 entre otras) al señalar, desde la perspectiva, que la retroactividad de las Leyes va implícita en algunas de ellas, lo que puede ocurrir con disposiciones que condenen, como incompatibles a sus fines morales y sociales situaciones anteriormente constituidas, u otras que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactividad se puede conseguir la uniformidad propuesta”*.

³³⁴ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., Las que establecen, por ejemplo un nuevo régimen o modifican el existente sobre el tráfico inmobiliario o mobiliario; carácter inmediato de la Ley Hipotecaria. En

cuanto supongan una reducción o desaparición de consecuencias penales, la declaración de inconstitucionalidad de una Ley penal.³³⁵

El Tribunal Supremo, admite la retroactividad de normas no dotadas expresamente de alcance retroactivo, por entender que tienen carácter meramente instrumental, sin comportar nuevos derechos.³³⁶

A pesar de no constar expresa o tácitamente la retroactividad, doctrina y jurisprudencia manifiestan, que una concreta norma podría poseer eficacia retroactiva siempre que lo permitan las DDTT del Código Civil, al constituir, estas, Derecho supletorio en la materia.³³⁷

Aparece, pues, la irretroactividad como regla general de aplicación subsidiaria, pues integra la falta de disposición legal sobre retroactividad para cada caso concreto, y como regla de carácter común, por alcanzar su radio de acción a leyes civiles y a todas las normas de este rango, (penales, administrativas) incluso las de rango inferior.³³⁸

Aunque una ley disponga aplicar retroactivamente otra ley, expresa o tácitamente, no por ello excluye totalmente la aplicación del principio de

“Derecho Civil de España”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 728; CASTÁN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 642.

³³⁵ Vid. LLABRÉS FUSTER, A Comportará la revisión de los procesos en que aquella haya sido aplicada y no puede desplegar efecto retroactivo alguno las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma penal en cuanto puedan resultar desfavorables. Diferente es que se declare la nulidad de alguna interpretación, cuestión que conllevaría la interposición de un recurso de revisión penal que se examinará caso por caso. En *“Comentarios al Código Penal”*. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 47

³³⁶ Cfr. STS de 20 de abril de 2009. Resolución 283/2009. Sala Civil. Ponente: José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Tercero *“Con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el estricto sentido de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (SS. 26 mayo 1969 y 7 julio 1987), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales, y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo (SSTS de 26 noviembre 1934, 17 diciembre 1941, 5 julio 1986 y 9 abril 1992)”* De esta opinión PASQUAU LIAÑO, M., En *“Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil”*. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Ob. Cit. Pág. 24.

³³⁷ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 642 y ss.; COLINA GAREA, R., En *“Comentarios al Código Civil”*. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág. 112 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M., STS 16 de abril de 1991. Sala Civil. Ponente José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Séptimo *“Se admite pacíficamente, que a falta de reglas generales estatuidas por cada dispositivo legal concreto y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil, las que cumplen tal función y a ellas debe acudir”* En *“Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil”*. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Ob. Cit. Pág. 26.

³³⁸ Las DDTT son objeto de estudio en el Capítulo III.

irretroactividad, porque continuará operando como presunción favorable a la restricción de eficacia retroactiva de leyes.³³⁹

2.1.2 GRADOS DE RETROACTIVIDAD

El binomio irretroactividad-retroactividad, no aparece en formas puras para ser aplicado, sino que admite grados intermedios o formas atenuadas en función de los diferentes supuestos y circunstancias que presentan en la realidad.³⁴⁰

La Jurisprudencia, en sus pronunciamientos, distingue entre retroactividad auténtica o de grado máximo y retroactividad impropia o de grado medio, aludiendo al término acuñado en la doctrina alemana.³⁴¹ En nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia venían distinguiendo tres grados de retroactividad.³⁴²

³³⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723; SUÁREZ COLLÍA, JM., En *“El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho. Concepto, Tratamiento Normativo y Jurisprudencia”*. Ob. Cit. Pág. 68 y ss.

³⁴⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La retroactividad es un concepto graduable, flexible, que admite efectos de distinta intensidad. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 884; DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723.

³⁴¹ El Tribunal Constitucional en STC 126/1987, de 16 de julio. Pleno. Ponente: Gloria Begué Cantón, Fundamento Jurídico nº 11, 12 y 13; STC 182/1997 de 28 de octubre. Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo. Fundamento Jurídico nº 11 d), distingue entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia *En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares*; STC 197/1992 de 19 de noviembre. Pleno. Ponente: Eugenio Díaz Eimil. Fundamento Jurídico nº 4; STC 112/2006 de 05 de abril. Pleno. Ponente: Pablo Pérez Tremps Fundamento Jurídico nº 17 y 18.

³⁴² Vid. Por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En las relaciones jurídico-privadas de Derecho Civil, se ha acuñado esta clasificación, se observan nítidamente los tres grados. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 884 y ss.; SUÁREZ COLLÍA, JM., En *“El Principio de irretroactividad de las Normas Jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho. Concepto, Tratamiento Normativo y Jurisprudencia”*. Ob. Cit. Pág. 69.; LÓPEZ MENUÑO, F., En *“El Principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”*. Ob. Cit. Pág. 81; COLINA GAREA, R., En *“Comentarios al Código Civil”*. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág. 110 y ss.

2.1.2.1 RETROACTIVIDAD AUTÉNTICA O DE GRADO MÁXIMO

Consiste en aplicar la ley nueva a relaciones o situaciones jurídicas conformadas a su entrada en vigor, sin tomar en consideración o de manera secundaria, que las mismas fueron creadas bajo el imperio de otra Ley.

La retroactividad alcanza, en este grado, sus efectos producidos y consumados; producidos pero no consumados con anterioridad a su entrada en vigor; o aunque se hubieran producido con posterioridad a su vigencia. Es retroactividad *genuina* al intervenir en hechos pertenecientes al pasado ya liquidados.

Supone la invasión de la ley nueva en la vigencia de la ley antigua, que ordena para el futuro efectos jurídicos de hechos pasados, como si la ley antigua no hubiera estado en vigor y en su lugar hubiera estado vigente la nueva ley. Es la verdadera retroactividad. Si el legislador tuviese este poder, desaparecerían el orden, la certeza y la seguridad jurídica y crearía confusión.³⁴³

Es poco frecuente, por dificultades de orden político, por los sacrificios inaceptables que conlleva, al remover hechos consumados. Suele ocurrir en situaciones de cambio revolucionario o secuelas del mismo, donde legislativamente, se pretende plasmar la ruptura radical con la legislación precedente.³⁴⁴ Como ejemplo de este tipo de retroactividad: Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en la que “*se declaraban nulas las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por tribunales civiles a tenor de aquella ley derogada, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores*”;³⁴⁵ Ley de 17 de mayo de 1933 de Confesiones y Congregaciones religiosas.³⁴⁶

³⁴³ Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., Esta violación sería contraria a la unidad y armonía del orden jurídico, que exige que toda ley por el tiempo en que estuvo vigente sea respetada y obedecida, sin que la ley posterior pueda invadir su esfera temporal de vigencia, pues podría suceder que estuvieran coexistir normas contradictorias. En “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*”. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo I. Ob. Cit. Pág. 50.

³⁴⁴ Cfr. SÚAREZ COLLÍA, JM., En “*El Principio de irretroactividad de las Normas Jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho. Concepto, Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág.69 y ss.; COLINA GAREA, R., En “*Comentarios al Código Civil*”. Civil. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág.111; LÓPEZ MENUDO, F., En “*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 81 y ss.

³⁴⁵ BOE N° 278 de 5 de octubre de 1939, en el que se publica la Ley de 23 de septiembre que deroga la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, publicada en la Gaceta de Madrid de 11 de marzo de 1932.

³⁴⁶ GACETA DE MADRID de 3 de junio de 1933. El título III de la ley de confesiones y congregaciones religiosas “*Del régimen de bienes de las confesiones religiosas*” (art. 11 a 19) manifiesta que se declaraban propiedad pública los templos, casas rectorales con sus huertos, palacios episcopales, seminarios, monasterios y demás edificios del culto católico, aunque siguieran destinados al mismo fin religioso, salvo necesidad pública y previa ley especial, que era una verdadera espada de Damocles. Las

La aceptación jurisprudencial del término “*retrospección*” o “*retroactividad impropia*”, tras la promulgación de la Constitución de 1978, viene confirmando que el artículo 9.3 identifica retroactividad, con “*grado fuerte*” y deja fuera de la prohibición, del concepto de retroactividad, los grados medios y mínimo.³⁴⁷

2.1.2.2 RETROACTIVIDAD INTERMEDIA O DE GRADO MEDIO

Se produce cuando la nueva Ley es aplicada a efectos jurídicos derivados de la relación jurídica básica y aunque se hubiesen generado vigente su norma propia, han de ejecutarse a partir de la entrada en vigor de una ley posterior.

Se extiende a efectos producidos previamente a su entrada en vigor, pendientes de consumación en ese momento y a los que se produzcan con posterioridad.³⁴⁸

Dentro de este grado de retroactividad, se encuentran: Ley Represora de la Usura de 23 de julio de 1908, que rebaja los intereses de préstamos, incluso de plazos vencidos pero aún no pagados. Se aplica a efectos no consumados de situaciones nacidas bajo la norma antigua;³⁴⁹ También la DT A) 1ª 1 del Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos que dispone “*aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino*

confesiones sólo podrían adquirir y conservar bienes inmuebles y derechos reales únicamente en la cuantía necesaria para el servicio religioso; los que excedieran esa cuantía serían enajenados, igual que los bienes muebles que fueran origen de interés, renta o participación en beneficios. Excepto los templos, los demás edificios eran sometidos a tributación. Las Iglesias podrían fundar y dirigir establecimientos, inspeccionados por el Estado, para la enseñanza y formación sólo de sus ministros (de sus miembros, decía, en cambio, el anteproyecto.

También ejemplo de este tipo de retroacción son los supuestos en que la ley nueva exige como requisito necesario para la constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles la inscripción de los mismos en el Registro de la propiedad mientras que la legislación anterior no requería formalidad especial alguna. Si se da efecto “*retroactivo*” quedarían anulados automáticamente todos los actos de constitución y transmisión de derechos reales inmobiliarios donde no se hubiese observado el requisito de la inscripción y repercutiría sobre aquellas relaciones constituidas posteriormente y que presuponían la validez de estos actos.

³⁴⁷ Vid. LÓPEZ MENUÑO, F., La Constitución convierte la retroactividad en un monismo coincidente con el grado fuerte. En “*El Principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 81.

³⁴⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 724; SÚAREZ COLLÍA, JM., En “*El Principio de irretroactividad de las Normas Jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho. Concepto, Tratamiento Normativo y Jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 71 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 885; COLINA GAREA, R., En “*Comentarios al Código Civil*”. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág. 111.

³⁴⁹ Ley Represora de la Usura de 23 de julio de 1908. Gaceta de Madrid 206/1908 de 24 de julio.

también a los que en dicho momento se hallaren en vigor.”³⁵⁰ Se regulan por la nueva Ley las relaciones arrendaticias nacidas al amparo de la legislación anterior a las que se venía aplicando aquella norma; Igualmente la DT 11 CC, permite al destinatario de la norma poder escoger entre aplicar la nueva o antigua Ley: “*los expedientes de adopción....seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código*”; En este sentido la DT 12 del CC “*se respetarán las legítimas, las mejoras y los legados (establecidos antes de su entrada en vigor), pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código*”.³⁵¹

2.1.2.3 RETROACTIVIDAD DE GRADO MÍNIMO.

Tiene lugar cuando la nueva norma es aplicada a efectos nacidos bajo su vigencia, pero derivados de una relación o situación jurídica constituida anteriormente. Sólo se aplica a efectos producidos a partir de su entrada en vigor. En grado mínimo quedan afectados los hechos producidos a partir de la entrada en vigor de la nueva ley.

Como ejemplo, en el caso de Ley de Represión de la Usura, sería el supuesto de aplicación de la ley para rebajar el interés de los préstamos futuros y de los intereses que venzan después de la promulgación de la nueva ley.³⁵²

2.1.3. RETROACTIVIDAD O RETROSPECCIÓN

El Tribunal Constitucional mantiene un concepto muy restrictivo de retroactividad a efectos de prohibición del artículo 9.3 CE. Con este término se pretende

³⁵⁰ BOE N° 312 de 29 de diciembre, en el que se publica el Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

³⁵¹ Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., En este caso la ley que impone una limitación al derecho de propiedad, afectaría inmediatamente a todos los derechos de propiedad existentes y no sólo a los que se adquieran posteriormente a su entrada en vigor, pero los actos contrarios a dicha limitación, realizados antes, conservarían su validez. Ejemplo de este tipo de retroactividad, en la Ley para reprimir la usura, que reduce el interés de los préstamos si se aplicara no sólo a los préstamos futuros sino también a los existentes, reduciendo los intereses que hayan vencido y no se hayan pagado. En “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*”. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1. Ob. Cit. Pág. 48.

³⁵² Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura. (Gaceta de Madrid 206/1908 de 24 de julio de 1908).

dar respuesta a supuestos de retroacción permitida, desterrando el concepto “retroactividad” para aquello que no sea retroacción prohibida. Viene a ser el equivalente a “*aplicación inmediata*” término asumido por la doctrina, importado de la jurisprudencia alemana.³⁵³

El artículo 9.3 CE, establece límites a la retroactividad de normas que garantizan “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”; aclara conceptos, contribuyendo a la idea de que una norma es retroactiva si traspasa límites prohibidos por la Constitución en el artículo 9.3 y no lo es si no rebasa esos límites, aunque incida sobre situaciones y relaciones jurídicas latentes venidas de un tiempo anterior; sirve para posicionar la defensa de derechos y principios frente al Estado; pero no fija el punto a partir del cual la incidencia de una ley sobre hechos o situaciones del pasado está prohibida.³⁵⁴

Para LÓPEZ MENUDO, la Constitución convierte la retroactividad en un monismo coincidente con el *grado fuerte* y deja fuera de la prohibición y del concepto de retroactividad, el tramo compuesto por grado medio y mínimo, que constituyen la “*retroactividad impropia o retrospección*”. Es posible mantener un concepto estricto de retroactividad, pero la irretroactividad no agota el control de constitucionalidad, porque los principios complementarios del art. 9.3 pueden realizar un control de cualquier ley, aunque los efectos se proyecten hacia el futuro. La prohibición de retroactividad es aplicable a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, o expectativas.³⁵⁵

El Consejo General del Poder Judicial, en Informe de 10 de octubre de 2003, al Anteproyecto de LO de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (sobre vigencia y aplicación de la Ley y la retroacción de sus consecuencias) mantuvo en su punto 7, con apoyo en doctrina del TC (SSTC 126/1987, 227/1998, seguida en las 273/2000, 89/2009, entre otras) la distinción entre retroactividad en

³⁵³ Vid. LÓPEZ MENUDO, F., En “*El Principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 76 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 885; DE CASTRO Y BRAVO, F., En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 724.

³⁵⁴ Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., La Constitución brinda un asidero, un punto de apoyo de que antes se carecía: la positivación de unos límites a la retroactividad, la consagración al máximo rango normativo de un principio prohibitorio. La interpretación pasa por identificar el concepto de retroactividad con la idea de mirar hacia atrás, que el pasado no se debe remover, la voluntad de poner coto a los riesgos de un ilimitado poder retroactivo de las normas. En “*El Principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 77 y ss.

³⁵⁵ Vid. LÓPEZ MENUDO, F., En “*El Principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 83 y ss.

sentido propio (o auténtica) y retrospección o retroactividad impropia, según que la ley posterior “*pretenda anudar efectos a situaciones de hecho ya producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretende incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales, aún no concluidas*”. La LO 7/2003 realiza una reforma “*in peius*” de Ley General Penitenciaria desfavorable para el penado que cumple condena al amparo de legislación anterior y solicite tercer grado penitenciario o libertad condicional, con posterioridad a su entrada en vigor.³⁵⁶

El CGPJ justifica que la disposición transitoria única LO 7/2003 no lesiona la prohibición constitucional de retroactividad, contenida en art. 9.3 CE, en base a la distinción entre *retroactividad prohibida y retrospección, normas que restringen genuinos derechos y normas que limitan nuevas expectativas y normas penales materiales y normas de ejecución penal*.³⁵⁷

Si se admite esta situación, la retrospección y la posibilidad de modificar *in peius* el régimen de castigo, como derecho o mera expectativa del recluso, que pretende hacer valer con posterioridad a la entrada en vigor, el cambio legislativo, se vacía de contenido el derecho de seguridad jurídica, porque sería imposible que pudiese calcularse *ex ante* el régimen de la condena, su forma de cumplimiento y ejecución.³⁵⁸

2.2. FUNDAMENTACIÓN

El legislador ha optado por establecer un principio general válido para leyes penales, cuya fundamentación es variada y compleja, sin un criterio unánime, en la doctrina, que fundamente la retroactividad de leyes favorables al reo. Ante tal situación, aparece un criterio implícito en muchas posturas mantenidas, *la idea de justicia*, dado que el grado de reproche de la sociedad en la actualidad, es más benevolente para determinadas conductas.

³⁵⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 886.

³⁵⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Según lo expuesto, la Constitución prohibiría revocar una libertad condicional concedida con arreglo a la legislación anterior, pero no negar el tercer grado penitenciario al interno que cumpliera condena con arreglo a la legislación misma, si lo solicitaba una vez en vigor la reforma y no concurrían los nuevos requisitos exigidos por ella. La doctrina mayoritaria lo ha estimado inconstitucional. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 887.

³⁵⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Aceptar la retroactividad *impropia* quiebra el principio de confianza en el legislador que debe caracterizar las actitudes del ciudadano de un Estado democrático de Derecho y genera *inseguridad jurídica*. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 888 y ss.

CÓRDOBA RODA, basa el fundamento de la retroactividad en la justicia y señala que si el legislador ha promulgado una ley penal más beneficiosa, resultaría injusto que continuara aplicándose una ley penal que el propio legislador ha estimado que debía sustituirse por otra.³⁵⁹ En el mismo sentido, se pronuncia FIORE, al fundamentar la retroactividad en principios generales de penalidad.³⁶⁰

LASCURAÍN SÁNCHEZ, apoya el fundamento, en exigencias del principio de proporcionalidad, porque el legislador considera innecesaria o excesiva la aplicación de la norma anterior, aunque estuviera vigente en el momento de los hechos enjuiciados. Por tanto habrá de aplicarse la nueva norma, cuando la solución alternativa, la aplicación de la anterior, se revele como una solución desproporcionada.³⁶¹

Este criterio es seguido por FRIGOLS I BRINES, apoyado en la proporcionalidad, porque cuando no existen necesidades preventivas o son menores, se aplica la norma menos agresiva hacía los derechos fundamentales del ciudadano. En este sentido el aplicar la norma anterior, que contiene una pena superior al injusto que se predica de la conducta, en la actualidad, implica un uso desproporcionado del *ius puniendi* que impide la consideración de la norma anterior y exige la posterior más favorable.³⁶²

GARCÍA VALDECASAS, alude a razones de justicia, equidad y simple utilidad práctica, para fundamentar la retroactividad. De manera que el legislador restringe la

³⁵⁹ Vid. CÓRDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M., En *“Comentarios al Código Penal”* Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 19.

³⁶⁰ Cfr. FIORE, P., No se puede fundamentar sólo en el principio de humanidad o de conveniencia política, sino que debe ser considerado como un precepto de estricta justicia. Sería contrario a los principios de justicia penal el imponer una pena sin que la ley la haya dado a conocer y establecido previamente; pero igualmente sería arbitrario fijar una pena exorbitante o superior a lo que pueda ser exigida, con arreglo a la razón penal para conseguir el fin racional de la pena, es decir, la tutela del orden jurídico. En *“De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada”*. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almoguera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. Ob. Cit. Pág. 367.

³⁶¹ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., El cambio normativo, de la norma penal o de la normativa a la que la norma penal se remite, muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva penal de un mismo tipo de conducta y por ello carece de sentido aplicar la norma del momento de la comisión, porque es, en sí o en su dureza desproporcionada o innecesaria con las pautas valorativas con las que contamos en el momento del juicio, lo que hace que deba aplicarse la nueva norma, más favorable para el reo y satisfactoria para solventar el conflicto suscitado. En *“Sobre la retroactividad penal favorable”*. Editorial Civitas. Primera Edición. Madrid 2000. Pág. 44 y ss.

³⁶² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., El cambio de concepción jurídica supone una alteración de las prioridades de prevención, que se expresa en la desaparición o disminución de la pena impuesta. Ello no implica que el hecho no fuese injusto en el momento en que se cometió, pero el cambio de consideración de la conducta a efectos penales determina que no se utilice un medio que afecte más allá de lo imprescindible en los derechos de los ciudadanos. La necesidad, por sí sola, no permite plantear la legitimidad de los fines que se persiguen con la pena en comparación con los perjuicios que ésta supone. La proporcionalidad, en sentido estricto forma parte esencial de la justificación de la retroactividad favorable. En *“Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. Ob. Cit. Pág.422 y ss.

eficacia inmediata de la ley a las relaciones jurídicas que se constituyan en el futuro conservando para las existentes el antiguo régimen.³⁶³

Opina LADENCHO VELASCO, que el fundamento de la retroactividad de ley penal más favorable al reo es, la postura de benignidad que caracteriza al Derecho Penal, así como la misma razón que llevó a la interpretación teleológica del principio de legalidad.³⁶⁴

2.2.1 POSICIÓN DE CASTÁN TOBEÑAS

Para CASTÁN TOBEÑAS, la principal cuestión de Derecho transitorio es determinar si la Ley nueva ha de aplicarse, incluso, a relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la antigua (principio de retroactividad) o ha de respetar el estado jurídico creado con anterioridad (principio de irretroactividad).³⁶⁵

A esta situación contribuye el carácter equívoco de la expresión retroactividad, que puede tomarse en sentido débil (somete a su imperio las relaciones nacidas antes, pero no las consecuencias ya consumadas) y en sentido fuerte (modifica las consecuencias ya consumadas de hechos anteriores) explicando que la variabilidad de esta materia hace delicada la formulación de principios abstractos y generales.³⁶⁶

Las normas jurídicas viven en el tiempo y tienen duración limitada, adquieren fuerza obligatoria en el momento de su entrada en vigor y la despliegan hasta su derogación o extinción, pero esto no impide que actos realizados, vigente la Ley

³⁶³ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, G., Sería el caso de una nueva ley sobre régimen económico matrimonial, que sólo se aplicara a los matrimonios futuros, conservando los matrimonios existentes el régimen anterior. Por ello en este caso sobrevive la ley antigua respecto a las relaciones constituidas a su amparo aún subsistentes. En *“Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”*. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1. Ob. Cit. Pág. 49.

³⁶⁴ Vid. LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., Lo que ambos principios (legalidad e irretroactividad) pretenden es garantizar al ciudadano que el Estado no ha de abusar del poder más duro que pone en sus manos: la potestad de castigar. Descarta el fundamento en la idea de justicia, porque si fuese éste, también cuando se tipifican delitos antes inexistentes debería castigarse al que lo cometió en un tiempo anterior. En *“Derecho Penal Español”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 145 y ss.

³⁶⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Citando a Ruggiero, señala que para que se de el conflicto de leyes en el tiempo, la vida de una relación debe ser tan amplia, como para tocar dos momentos diversos, en que tengan vigor, sucesivamente normas de contenido sustancialmente distinto. En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 633 y ss.

³⁶⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., No es posible que el legislador ni el científico se acojan exclusivamente al principio de retroactividad o irretroactividad. La absoluta retroactividad llevaría a la muerte de la seguridad y de la confianza jurídica. La absoluta irretroactividad sería la muerte del desenvolvimiento del Derecho. En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 635.

extinguida, puedan seguir produciendo efectos jurídicos bajo el impero de la nueva. No exige forma expresa, bastará que del sentido y finalidad de la Ley resulte patente el propósito del legislador y advierte que la absoluta retroactividad sería la muerte de la seguridad y de la confianza jurídica, mientras que la absoluta irretroactividad sería la muerte del desenvolvimiento del Derecho.

Se apoya en el artículo 2.3 del Código Civil donde cada relación jurídica se rige por las leyes del momento de su creación, sin ser alteradas por otras posteriores, a menos que revelen su carácter inequívocamente retroactivo.³⁶⁷

2.2.2 POSICIÓN DE DE CASTRO Y BRAVO

La irretroactividad es regla de buena política, máxima de prudencia y exigencia de equidad, ha de plegarse al consejo de la ocasión, no condenar, por ilegales derechos adquiridos, bajo disposiciones que los protegían como legales y no debe ponerse la sanción al servicio de situaciones injustas.³⁶⁸

Debe estar inspirada por rigurosa y urgente necesidad y lo contrario producirá grieta abierta al respeto del pueblo en sus leyes y quebranto de la base social de la organización jurídica.³⁶⁹ Habrá retroactividad siempre y cuando se conceda una eficacia excesiva a la nueva Ley, atentando contra situaciones creadas al amparo de la vieja Ley; el principio de irretroactividad predica el respeto de estas situaciones.

La colisión entre ambos conceptos surge, cuando se pretende establecer un concepto y se intenta fijar un límite exacto entre lo retroactivo y lo irretroactivo. Si partimos de la nueva Ley, es posible pensar que no tiene efecto retroactivo cuando se le da ilimitada eficacia actual. No se lleva hacia atrás si se aplica a cualquier cuestión presentada después de su publicación. Cuando el punto de partida es la Ley antigua, su respeto ilimitado implica el de todas sus consecuencias en el futuro y por ello todo cambio legislativo habría de reducirse a la ineficacia para evitar la retroactividad.³⁷⁰

³⁶⁷ Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 641.

³⁶⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 720 y ss.

³⁶⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 721.

³⁷⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., La dificultad terminológica se ha sustituido por efecto inmediato y retroactividad, con el traslado de la dificultad a la fijación de ese efecto inmediato. Pues en sentido lógico sería retroacción aplicar la ley vigente a hechos pasados, carentes de toda posible eficacia en la realidad

La dificultad se produce por tratar a un principio orientador, como si fuese un concepto técnico. El artículo 2.3 del Código Civil no contiene un concepto técnico delimitador de la esfera de competencia entre dos leyes, sino un criterio guía para la aplicación de leyes y por ello el principio de irretroactividad tiende a asegurar y fortificar una situación jurídica que ya existe. La retroactividad es la entrega de la relación jurídica al imperio de la nueva ley.³⁷¹

2.2.3 POSICIÓN DE ESPÍN CÁNOVAS

La irretroactividad se basa en la seguridad y estabilidad de relaciones jurídicas. Niega que una ley posterior influya en relaciones válidamente constituidas al amparo de la anterior.³⁷²

El principio de retroactividad tiene en cuenta la necesidad de cambios del Ordenamiento Jurídico, evolución de la vida social y desea que la Ley nueva extienda su imperio a relaciones surgidas bajo la anterior legislación.

El principio de no retroactividad habrá que contrastarlo en cada caso con la finalidad de la Ley para deducir de ella sí, no existe disposición expresa, el carácter retroactivo y aun así el deber de graduar dicho efecto.³⁷³

2.2.4 POSICIÓN DE DÍEZ-PICAZO

El artículo 2.3 CC es subsidiario y será aplicable cuando la Ley nueva nada diga sobre su posible efecto retroactivo. Es criterio justo, acorde con exigencias de seguridad jurídica y respeta el poder del legislador para ordenar la aplicación de la norma al pasado, con sus límites en el texto constitucional, *“disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*.

actual. En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 722.

³⁷¹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., En *“Derecho Civil de España”*. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. T. I Ob. Cit. Pág. 723.

³⁷² Vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., En *“Manual de Derecho Civil Español”*. Volumen I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 165.

³⁷³ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., Aunque una ley no disponga expresamente su retroactividad, puede deducirse ésta de su propia finalidad y no basta conocer que una ley debe ser retroactiva, pues hay que indicar qué grado de retroacción ha de alcanzar. En *“Manual de Derecho Civil Español”*. Volumen I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 167.

El límite constitucional a favor de derechos de los ciudadanos, es valor sustantivo del ordenamiento jurídico y consecuencia de principio de seguridad jurídica.³⁷⁴

Retroactividad está en relación con seguridad jurídica por la certidumbre que comporta al Derecho, al exigir la aplicación de Ley vigente en el momento de comisión de los hechos. Sólo están afectadas por la interdicción de la irretroactividad, *las disposiciones sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales*.³⁷⁵ Existen supuestos donde retroactividad e irretroactividad conducirían a consecuencias injustas.³⁷⁶

2.2.5 POSICIÓN DE GARCÍA DE ENTERRÍA

Rigen, para el Derecho administrativo, las normas del Derecho común contenidas en el Título Preliminar del Código Civil. Entiende, este autor, como regla propia del Derecho Administrativo que la Ley puede establecer la retroactividad, pero el reglamento no puede hacerlo.

La irretroactividad es principio y regla, para proteger a los particulares de posibles intromisiones administrativas en sus esferas privativas. La retroacción es calificada de excepcional al permitir la aplicación retroactiva, cuando produce efectos favorables al interesado y se promulga en sustitución de actos anulados. Sólo la ley puede actuar sobre el pasado y al reglamento le está permitido cuando tiene efectos retroactivos favorables.³⁷⁷

³⁷⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN, A., No es justo aplicar una ley nueva a actos que fueron realizados en el momento en que dicha ley no había sido dictada, y, por tanto, no era conocida ni tenía aplicación. Si un determinado acto no era punible en el momento en que se produjo, parece injusto que una ley *ex post facto* lo sancione. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 109 y ss.

³⁷⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN A., Son disposiciones sancionadoras favorables aquellas cuya sanción es menor, cuantitativamente o cualitativamente a la que imponía la ley vigente en el momento de realizarse los hechos. Las normas restrictivas de derechos individuales, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son los derechos fundamentales recogidos en el Título I y lo que prohíbe es la incidencia de la ley nueva en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, pero no que se extienda dicha ley nueva los efectos no consumados. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 115 y ss.

³⁷⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L/GULLÓN, A., Como sería la ley que sanciona por primera vez un hecho antes no punible y se aplica retroactivamente o en caso contrario, la irretroactividad de una ley dirigida a abolir la esclavitud. En “*Sistema de Derecho Civil*”. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 110.

³⁷⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E/FERNÁNDEZ TR., En “*Curso de Derecho Administrativo I*”. Ob. Cit. Pág. 98 y ss.

El reconocimiento constitucional de la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, supone la prohibición de retroactividad de leyes a las que se reserva la configuración de las bases del ordenamiento.³⁷⁸

Fundamenta la irretroactividad en el principio de protección de confianza legítima, que postula el mantenimiento de situaciones legales anteriores, o un cambio pausado y no abrupto con un régimen transitorio adecuado. Alude al principio de buena fe, que implica coherencia en la confianza que ha podido originar la conducta anterior del sujeto actuante.³⁷⁹

2.2.6. POSICIÓN DE JIMÉNEZ DE ASÚA

La Ley, dice Jiménez de Asúa, es un acto de voluntad y como tal no tiene la eficacia universal y permanente del Derecho y se encuentra limitada por el tiempo y el espacio. De la promulgación de la Ley viene la ejecutoriedad y de la publicación surge la obligatoriedad.³⁸⁰ Duda sobre una posible sucesión de leyes en el tiempo, cuando la Ley dé origen a un delito, antes no descrito, siendo la conducta a que se refiere, anteriormente lícita.³⁸¹

³⁷⁸ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E/FERNÁNDEZ TR., En *“Curso de Derecho Administrativo I”*. Ob. Cit. Pág. 101.

³⁷⁹ Vid. STS de 27 de enero de 1990. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente Francisco González Navarro. Fundamento de Derecho Segundo. *“Los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, proclamados en el artículo 9 de la Constitución, obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no sólo al presente sino también al futuro... lo que no puede aceptarse es que una norma, ni reglamentaria, ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, desarticulando, por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse y por ello esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo impongan el interés público y en todo caso ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas”* Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E/FERNÁNDEZ TR., En *“Curso de Derecho Administrativo I”*. Ob. Cit. Pág. 100 y ss.

³⁸⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En *“Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito”*. Ob. Cit. Pág. 149.

³⁸¹ Sirva como ejemplo la regulación del llamado Delito informático, y en general todo lo relacionado con este tipo delictivo, al ser inexistente, al desconocerse por el legislador las situaciones que pueden llegar a invadir la esfera de lo ilícito, incluso como medio para la realización de otros delitos, contenidos en el Código Penal, como amenazas (art. 170) abuso y agresiones sexuales a menores (art. 183 bis), delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 186), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3), estafa (art. 248.2 a), robos (238.3), defraudaciones (248), daños (art. 264) delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 278), etc.,

Rige el principio “*tempus regit actum*” pero distingue Derecho Penal, donde el carácter restrictivo de libertad de leyes punitivas impone la retroactividad de la más favorable o no extractividad, y Derecho Civil, donde los asuntos retroactivos son de técnica.

La aplicación del criterio más favorable se deduce, para Jiménez de Asúa, en última instancia, del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y se apuntala con el criterio de humanidad. No comparte el criterio de otros penalistas de la época, que defienden la retroactividad de la nueva Ley, salvo que sea más severa.³⁸²

Los casos en que puede presentarse la extractividad de la Ley más favorable son: creación de un nuevo tipo, donde la irretroactividad es absoluta; abolición de tipos delictivos, aquí la retroactividad es completa; y nuevas disposiciones modificativas, donde impera la no extractividad de la Ley más restrictiva de la libertad.

Para determinar la Ley más favorable, remite al Juez, en caso de que su aplicación arroje un resultado más favorable y escuchar al reo en caso de duda. Para delitos permanentes y continuados debe imperar la tesis de la Ley más favorable.

2.2.7 POSICIÓN DE ANTÓN ONECA

La irretroactividad de leyes supone una garantía política fundamental, consignada en Constituciones históricas al igual que la legalidad de delitos y penas. Fundamento de la irretroactividad es la intangibilidad de derechos adquiridos, bajo la vigencia de la norma precedente y la revolución que traería al nuevo Ordenamiento, remover tiempos pasados.³⁸³ Este fundamento adquiere importancia en derecho penal donde la seguridad jurídica consigue mayor relevancia: el delito es violación de una norma penal y no puede existir antes que ésta; la voluntad es contraste entre voluntad del individuo y voluntad de la norma, que resulta imposible si la norma es posterior a la voluntad; la pena como retribución supone voluntad culpable contraria a la norma y como prevención mira al futuro, advirtiendo las acciones que deben evitar, los

³⁸² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En los caos de delitos que crean un estado (bigamia) decide la ley del momento en que el estado se crea. En “*Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 154.

³⁸³ Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En este sentido, los derechos adquiridos adquieren relieve ante la trascendencia de los bienes jurídicos afectados por la pena, donde se reclama la seguridad jurídica, para evitar la angustia con que se desarrollaría una posible consideración delictiva de acciones, hoy tenidas por inocentes. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 105 y ss.

ciudadanos. (Motivos alegados en contra de la retroactividad de Ley creadora de nuevas figuras delictivas, y que afectan a las que agravan penas).³⁸⁴

La retroactividad, está basada en la tendencia humanitaria de teorías penales clásicas, a las que añade también razones de justicia. Toda Ley penal debería ser retroactiva, porque expresa exigencias de defensa social y concepciones ético-jurídicas dominantes en el momento de su nacimiento. Las desfavorables tropiezan con derechos adquiridos del individuo a no ser castigados por hechos y penas no establecidos previamente.³⁸⁵

Cualesquiera que sean los fines preventivos de las medidas de seguridad, su contenido representa una aflicción para quién las sufre y por tanto rige la retroacción de la medida nueva más beneficiosa.³⁸⁶

2.2.8 POSICIÓN DE QUINTANO RIPOLLÉS

La sucesión de leyes en el tiempo, tiene especial trascendencia teórica y práctica en Derecho Penal, porque adquiere peculiaridades y transcendencias de interés teórico y práctico.

Irretroactividad debe estar en continúa unión con legalidad de delitos y penas, ya que el uno sin el otro carece de razón de ser, completándose mutuamente. Esta situación no se ha logrado hasta la llegada del nuevo régimen penal, que los consagra al unísono (constituciones de fin del siglo XVIII) como requisitos de libertad del hombre y su

³⁸⁴ Cfr. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., El grado de rebeldía al orden jurídico está en proporción con la importancia de la sanción anteriormente establecida, a través de la cual el Estado ha expresado su estimación por los bienes jurídicos protegidos y el valor de la deuda que habría de contraer el agresor. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 106.

³⁸⁵ Cfr. ANTON ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., Citando a Lucchini *“No se trata de la retroactividad de la ley nueva, sino de la no ultraactividad de la vieja, que permanecería en vigor mientras se estuviere aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia”*. En *“Derecho Penal”* Parte General. Ob. Cit. Pág. 106 y ss.

³⁸⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., Otros casos de retroactividad han sido admitidos por leyes orientadoras a la defensa política. En España han tenido carácter retroactivo la ley de responsabilidades políticas y la de represión del comunismo y la masonería. En Alemania nacional-socialista la aplicación retroactiva de la Ley Van der Lubbe de 28 de febrero de 1933, que contemplaba la pena de muerte por delito de traición y se aplicó al autor del incendio del Reichstage. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 111.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 872 y ss.

salvaguardia contra arbitrariedades judiciales y legislativas. Su fundamento se encuentra en razones lógicas y morales a las que se unen razones políticas.³⁸⁷

La retroactividad, inherente al ciclo cultural del Estado de derecho, tiene carácter humanitario y es de todo punto una cuestión de lógica, incluso cuando afecta a sentencias firmes, cuya santidad no se cuestiona por su aplicación.³⁸⁸

Ambos principios se aplican también a leyes penales especiales, como contrabando y defraudación.³⁸⁹

2.2.9 POSICIÓN DE RODRÍGUEZ DEVESA

El ámbito temporal de la Ley penal se encuentra bajo el principio de identidad entre su *vigencia formal y material*. *La formal* comienza con la entrada en vigor y concluye con su derogación. *La material* consiste en la aplicación de la Ley a hechos ocurridos bajo su imperio.³⁹⁰

Para que un hecho pueda castigarse como delito, es preciso que previamente haya sido declarado como tal por una Ley. Formulación que tiene rango internacional y así ha sido expresado en textos internacionales de salvaguarda de derechos.

La prohibición de incriminación *ex post facto*, responde al mismo postulado inspirador del principio de legalidad: *evitar la arbitrariedad*. Es preciso aplicar la *Ley*

³⁸⁷ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., La irretroactividad ha sufrido contrarias posiciones, como en el Derecho Internacional Penal, al señalarse a los crímenes de guerra en los Estatutos constitutivos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio penalidades no previstas con anterioridad y en el orden interno de casi todos los países invadidos, Francia, Luxemburgo, Bélgica, Noruega y Polonia, para reprimir y sancionar modalidades hasta entonces inéditas de colaboración y traición. Todos los fundamentos alegados se basan en un estado de necesidad justificativo del derecho de excepción auténticamente revolucionario y de estricta provisionalidad. En “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 157.

³⁸⁸ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., El Código de 1848 hace extensible la retroactividad hasta la sentencia firme y en trámite de cumplimiento de condena. En “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 158 y ss.

³⁸⁹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., En cuanto a las leyes procesales, su carácter público, aboga en principio por la aplicación retroactiva, pero no perjudicando al reo; los preceptos relativos a la prescripción también han de beneficiarse de la retroactividad, por tener carácter material; y lo mismo indica para las modificaciones sobrevenidas en leyes no penales, pero que tienen sus efectos coordinados con las penales “leyes en blanco” por ser condiciones típicas de ellas, aunque materialmente desglosadas de sus textos. En “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 163.

³⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 207 y ss.; En este sentido RUIZ ANTÓN, LF., En “*El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 149 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 889 y ss.

vigente en el momento de comisión de los hechos, prescindiendo del momento de enjuiciamiento de los mismos.³⁹¹

En cuanto a la excepción, la retroactividad, obedece a razones de benignidad, abogando siempre que la Ley sea más favorable a su aplicación.³⁹² Han de tenerse en cuenta también las modificaciones extrapenales de la norma porque forman parte del conjunto de presupuestos de los que la pena depende.

2.2.10. POSICIÓN DE MUÑOZ CONDE

El Derecho penal expresa en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad, permitiendo que las normas evolucionen y en su caso sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en la sociedad. Esta sustitución de normas por otras más adecuadas al contexto histórico es llamada *sucesión de leyes penales*.

La creación de una figura delictiva por Ley penal, expresa un desvalor sobre los hechos que la definen, pero no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad al momento en que tal desvalor está expresado legalmente.

La fundamentación de la prohibición de retroactividad se asienta, en principios de legalidad y seguridad jurídica, como límites a la intervención penal del Estado y en el más elemental concepto de Justicia.³⁹³

El contenido material (*vigencia material*) de la sucesión de leyes penales permite explicar la irretroactividad, por el que las leyes no pueden ser aplicadas a hechos

³⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, JM/SERRANO GÓMEZ, A., La afirmación del principio de irretroactividad de las leyes penales no lleva consigo una derogación del principio de identidad entre la vigencia material y la formal por el hecho de que se aplique una ley penal que ya no está en vigor en el momento de ser enjuiciado el hecho cometido, porque lo decisivo es que la ley se aplique a los hechos ocurridos mientras rigió. Es erróneo hablar de ultractividad de la ley cuando se aplica por un tribunal después de haber cesado su vigencia a un hecho cometido durante ella. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 210.

³⁹² Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Para la aplicación de la ley más favorables se han de tomar en consideración las penas en concreto para el caso en examen aplicando cada una de las leyes, es decir el conjunto de los presupuestos de los que depende la pena que se haya de imponer en el caso concreto, porque sería una burla de la ley decir a un reo que se impone una pena más grave porque en abstracto la pena es más benigna. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 212 y ss.

³⁹³ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., El principio de legalidad expresa un contenido garantizador propio de los orígenes vinculados al nacimiento del Estado liberal, pero también es propio el fundamento político-criminal del principio de legalidad, por el que se relaciona con la prevención general. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 138 y ss.

anteriores a su promulgación y también explica la retroactividad de la Ley más favorable.

La dicotomía irretroactividad-retroactividad se basa en el fundamento político-criminal del Derecho Penal, en el que prevalece, la supremacía de garantías individuales frente al poder punitivo.³⁹⁴

La prohibición de retroactividad de Ley perjudicial para el reo, confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad y por ello la aplicación retroactiva de leyes que benefician al reo, no lesionan su contenido.

Es necesaria cierta coherencia por el Ordenamiento Jurídico, al dejar de ser desvalorados por el legislador o desvalorados en menor medida, ciertos hechos, no es necesario que los ciudadanos padezcan consecuencias de normas que han dejado de ser adecuadas.³⁹⁵

2.2.11 POSICIÓN DE COBO DEL ROSAL

La regla general de aplicación a hechos acaecidos, desde que entra en vigor una Ley hasta que termina su vigencia, es la *irretroactividad de la Ley penal y la prohibición de ultractividad de la misma*.

Fundamento del principio de irretroactividad de Ley penal es el principio de seguridad jurídica, auténtica base de un Derecho penal evolucionado, dimanante a su vez del principio de legalidad.

El fundamento y justificación del principio de retroactividad, está vinculado al principio de seguridad jurídica y certeza aunque concretado con el de necesidad de la pena y el de humanidad de la misma, por ausencia de interés estatal en la persecución y

³⁹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., La creación de una nueva figura delictiva por la ley penal expresa un desvalor sobre los hechos que se definen, pero no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a que tal desvalor se expresara legalmente. En *"Derecho Penal"*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 139.

³⁹⁵ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Resulta evidente, que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo. En *"Derecho Penal"*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 141.

castigo con una penalidad más grave, en definitiva, razones de política criminal, fundamentan este principio, reconducidas hasta el principio de prohibición de exceso.³⁹⁶

La determinación de la Ley más favorable, necesita de la comparación en bloques sistemáticos. Es doctrina admitida que la despenalización por una ley posterior siempre será más favorable.

En supuestos de leyes heterogéneas la determinación de norma más favorable no puede asentarse en un criterio objetivo válido para todos los supuestos, sino que se hallará vinculado a aspectos subjetivos o relacionados con las preferencias del reo.³⁹⁷

2.2.12 POSICIÓN DE GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

El principio de irretroactividad es manifestación de la regla general “*tempus regit actum*” y goza de garantía constitucional en los artículos 25.1 y 9.3 CE. La fundamentación de este principio ha sido motivo de conflicto doctrinal, entre positivistas y garantistas, por el sustrato liberal y garantista del mismo.³⁹⁸

El fundamento sólido y plural, de este principio es, la legalidad en su significación material, la seguridad jurídica y la Política Criminal en su función preventivo-general intimidatoria de la pena.³⁹⁹ Es garantía para el ciudadano, vinculada

³⁹⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., La pena no necesaria es, injusta y se proyecta sobre acciones ejecutadas bajo la vigencia de otra Ley anterior cuyo tratamiento punitivo ha quedado superado por nuevas necesidades de tipo político-criminal. En “*Instituciones de Derecho Penal*”. Parte General. Parte General. CESEJ ediciones. Madrid 2004 Pág. Pág. 97; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág.72; En este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, L., En “*Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*”. Editorial La Ley. Cuarta Edición. 2011. Pág. 75; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., Puede suceder que sea desproporcionada la norma punitiva aplicada si, vigente en el momento de realización de la conducta enjuiciada está ya derogada en el momento del enjuiciamiento o ha sido sustituida por otra que asigna a la conducta descrita una pena más leve. En “*Sobre la retroactividad penal favorable*”. Ob. Cit. Pág. 34; SILVA SÁNCHEZ, JM., El mantenimiento de una pena excesiva basada en la mera retribución del hecho pasado, vulnera el principio constitucional de prohibición de exceso y resulta inadmisibles la intervención penal. En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña. Volumen 93 nº 1. 1994 Pág.427 y ss.

³⁹⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DIEZ, M., En “*Instituciones de Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 97.

³⁹⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Predominan las tesis garantistas que basan la fundamentación de la prohibición de retroactividad en exigencias de seguridad jurídica, razón última y definitiva que actúa como límite necesario a la intervención punitiva del Estado. En “*Introducción al Derecho. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 873 y ss.

³⁹⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La doctrina suele obviar el problema mencionando ambos principios, o vinculando la prohibición de crear incriminaciones al principio de legalidad en su dimensión material, pero la diferencia es clara. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 875.

a la seguridad jurídica, de incalculable trascendencia política, porque si no se prohibiera, el ciudadano podría verse sorprendido con normas legales que aplicadas a hechos anteriores a su entrada burlarían el “*nullum crimen*” y harían inútiles derechos y libertades individuales.⁴⁰⁰

La prohibición de retroactividad se refiere exclusivamente a leyes y no debe hacerse extensivo a la jurisprudencia de tribunales, porque sólo las leyes penales tienen efecto retroactivo, cuando son favorables.⁴⁰¹

La retroactividad de Ley penal no es excepción a la regla general de la irretroactividad, es “*regla general*” que versa sobre un objeto distinto, las leyes favorables al reo, y es compatible con el mandato constitucional.⁴⁰² Previene la criminalidad, no inhibe ni disuade porque actúa *ex post*, e introduce un factor de irracionalidad y aleatoriedad que puede estimarse disfuncional.⁴⁰³

Su fundamentación es plural y compleja, sin que intervengan exigencias de seguridad jurídica. En supuestos de sucesión de leyes penales, la aplicación de Ley posterior más favorable al reo, expresa valoraciones sociales del momento, es una necesidad lógica y de coherencia interna del Ordenamiento, y también se añaden consideraciones de justicia material y de utilidad pública.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ Vid GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Expresa el rechazo a la arbitrariedad de los poderes públicos y protege al ciudadano de una intervención abusiva del Estado que el principio de la tipicidad no llega a conjurar por sí solo. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 503 y ss.

⁴⁰¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 878.; RUIZ ANTÓN, LF., Esta cuestión fue muy debatida en la República Federal de Alemania al modificarse el criterio de los tribunales de justicia sobre el grado de alcohol en sangre que debía estimarse como suficiente para poner en peligro la seguridad del tráfico, en cuanto a la posibilidad de aplicar dichos criterios jurisprudenciales a hechos realizados con anterioridad a la nueva interpretación y por tanto estimar delictivo un comportamiento que en el tiempo de su ejecución no era apreciado como tal por los tribunales. En “*El Principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 163 y ss.

⁴⁰² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La prohibición constitucional de otorgar efectos retroactivos a las leyes (desfavorables) y el mandato penal que confiere efectos a las leyes favorables al reo, son principios compatibles, no antagónicos. El primero tiene rango constitucional por sus implicaciones garantistas y se constriñe a las leyes desfavorables al reo. El segundo es un principio de legalidad ordinaria que opera respecto a las leyes favorables al reo. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 899.

⁴⁰³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La aplicación retroactividad de las leyes penales es anticonstitucional e ilegal desde un punto de vista jurídico y ético e inútil en términos político-criminales de prevención. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 877.

⁴⁰⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS, DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 902.

2.3 CONSAGRACIÓN NORMATIVA

El principio de retroactividad no ha gozado de reconocimiento constitucional, en nuestro país, pero ha estado presente en la codificación penal, desde sus inicios.

El Código Penal de 1848 en el artículo 20 lo recogía: “*Siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicase aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito ó falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley.*”⁴⁰⁵ A partir de este momento, los sucesivos Códigos Penales han reconocido, siempre esta máxima con una redacción similar.

Actualmente consta en el artículo 2.2 del vigente Código Penal “*No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo.*” Se consagra la retroactividad expresa de normas penales más favorables, aplicable incluso a sentencias firmes “*siempre que no estén totalmente ejecutadas*” y siempre que la Ley esté en vigor. En caso de cumplimiento íntegro de la condena afectaría a cancelación de antecedentes penales y a reincidencia en delitos posteriores, cuando la nueva Ley penal posterior hubiese destipificado el delito.⁴⁰⁶

La Ley aplicable al caso concreto, se impone con carácter retroactivo, si es más beneficiosa o es rechazada por derogación en caso contrario, siempre partiendo de que leyes penales se integran por “*precepto*” y “*sanción*”. La DT Segunda del Código Penal de 1995 despeja cualquier duda a la hora de su aplicación “*Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que corresponda al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código*”. (La tendencia de jurisprudencia y doctrina es que la comparación resulta más justa en concreto en leyes en sucesión).⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Vid. Capítulo I. Pág. 43

⁴⁰⁶ Vid. CÓRDOBA RODA, J/ GARCÍA ARÁN, M., En “*Comentarios al Código Penal*”. Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 23. En este sentido VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Vol. I. (Artículos 1 a 233). Ob. Cit. Pág. 49. Cita nº 10.

⁴⁰⁷ Cfr. VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Vol. I (Artículos 1 a 233). Ob. Cit. Pág. 50.; ÁLVAREZ FEIJOO, M., Será siempre imprescindible para determinar la Ley más favorable una comparación de las penas previstas en abstracto para el hecho. En “*Código Penal con jurisprudencia*”. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2013. Pág. 29 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, J F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En “*Comentarios al Código Penal*.” Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Ob. Cit. Pág. 72 y ss.; En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del CP realizado

El reconocimiento constitucional de la retroactividad favorable, se realiza a través de una interpretación *a contrario sensu* de la irretroactividad contenida en el artículo 9.3 CE. (El Tribunal Constitucional niega la posibilidad de acudir al recurso de amparo por vulneración del principio de retroactividad).⁴⁰⁸

Para VIVES ANTÓN, el precepto constitucional no ofrece base suficiente para llevar a cabo la labor interpretativa “*a sensu contrario*” y podría llegarse a tal solución a partir del principio de proporcionalidad o intervención mínima, al entender que si posteriormente el legislador otorga una pena más benigna ésta es la que cabe estimar como justa.⁴⁰⁹

En opinión de GARCÍA-PABLOS, la prohibición constitucional de otorgar efectos retroactivos a leyes favorables al reo, contiene dos principios compatibles, no antagónicos. El primero (prohibición de retroactividad) tiene rango constitucional, por sus implicaciones “*garantistas*” y se constriñe a leyes *desfavorables* al reo. El segundo (retroactividad) es principio de *legalidad ordinaria*, que opera exclusivamente sobre leyes favorables al reo”.⁴¹⁰

Según MUÑOZ CONDE, la Constitución sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable, pero el prohibir en este caso, permite afirmar que la Constitución autoriza la retroactividad en caso contrario.⁴¹¹

por LO 5/2010 “*la comparación entre ambas normativas deberá efectuarse a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los preceptos que favorezcan al reo rechazando aquellos otros que le perjudiquen*” Pág. 4. También se encuentra presente en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/1983 y 1/1986 y especialmente en la Circular 1/1996 sobre régimen transitorio del Código Penal de 1995 y su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores. Pág. 5

⁴⁰⁸ Vid. VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*” Vol. I (Artículos 1 a 233) Ob. Cit. Pág. 48; Interpretación a contrario sensu realizada por STC 8/1981 de 30 de marzo en el Fundamento de Derecho Tercero. BOE nº 89 de 14 de abril. Ponente. Francisco Tomás y Valiente “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”, puede entenderse en el sentido de que la Constitución garantiza la retroactividad de las leyes penales favorables, principio recogido en el artículo 24 del CP que resulta reforzado con la promulgación del art. 9.3 de la Constitución.

⁴⁰⁹ Fundamento estimado por la doctrina que permite acudir en amparo, en los casos en que no se haya procedido a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable invocando los derechos fundamentales que quedasen menoscabados, por la más grave sanción impuesta, o en cualquier caso, por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Vol. I. (Artículos 1 a 233). Ob. Cit. Pág. 48 y ss.

⁴¹⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La constitución guarda silencio sobre el régimen de las leyes favorables al reo, dejando abierta la posibilidad de que lo haga el legislador ordinario, dado que en tal supuesto no están en juego las garantías individuales ni las exigencias de seguridad. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 899.; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 72.

⁴¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Aunque resulte forzado afirmar que la retroactividad de la ley favorable sea un principio contenido en la Constitución y deducible a “*sensu contrario*” en su artículo 9.3, lo cierto es que en el texto constitucional no hay nada que impida que en normas de rango

Afirma COLINA GAREA, que se garantiza la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.⁴¹²

De una interpretación *a contrario sensu*, del precepto se desprende, para COBO DEL ROSAL, la excepción, que despliega operatividad por su carácter garantista e hiperacentuado en los ordenamientos penales más civilizados, *que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo*.⁴¹³

2.4 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

2.4.1 TRIBUNAL SUPREMO

Según doctrina de este Tribunal, para aplicar una Ley más favorable, se ha de realizar la comparación, entre leyes que se suceden en el tiempo. A la hora de fijar el sistema punitivo más beneficioso, hay que acogerse a la que globalmente comporte una situación jurídica más beneficiosa para el reo *“Lo procedente es comparar el trato legislativo que merecen las conductas sentenciadas, tomando en consideración ambos sistemas punitivos. Para ello es necesario analizar el comportamiento sancionado en toda su integridad, tal y como si actualmente debiera sentenciarse, valorando la sentencia en su conjunto para deducir de ella si la conducta enjuiciada continúa o no sancionada, y si lo es con mayor, igual o menor severidad* (STS 13 de julio de 2001; 8 de abril de 1986 y 25 de noviembre de 1991 y 19 de septiembre de 2001).⁴¹⁴

inferior se establezca la retroactividad beneficiosa como principio de plena aplicabilidad. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 141.

⁴¹² Vid. COLINA GAREA, R. Esta afirmación comporta que el legislador no podrá conceder eficacia retroactiva a las leyes que sancionen un comportamiento que no era castigable conforme a la regulación precedente o que agraven la sanción ya contemplada para una determinada conducta y no es posible otorgar eficacia retroactiva a las leyes que introduzcan límites en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos o en la esfera general de protección. En *“Comentarios al Código Civil”*. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano T. I (Artículos 1 a 151). Ob. Cit. Pág. 108.

⁴¹³ Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., En *“Instituciones de Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 96.

⁴¹⁴ Vid. STS 13 de julio de 2001. Sala Penal. Resolución 1385/2001. Ponente: Cándido Conde-Pumpido. Fundamento Jurídico Tercero. *“Cuando una conducta delictiva continúa estando sancionada por el Legislador, incluso de modo más riguroso, no puede aplicarse retroactivamente una legislación que en realidad no es más favorable. El mero hecho que la evolución jurídica determine modificaciones técnicas en la descripción típica no supone la despenalización de las conductas enjuiciadas conforme a la legislación anterior, si un análisis racional de la sentencia impugnada permite constatar que la conducta sancionada también es subsumible en la nueva redacción típica”* En este sentido STS 8 de abril de 1986. Sentencia 480. Sala Penal. Ponente Luis Vivas Marzal. Fundamento de Derecho Primero: *“la confrontación entre el texto antiguo y el nuevo texto, no debe efectuarse de un modo concentrado, parcial, aislado y fragmentario, circunscribiendo el cotejo a sólo determinados y específicos preceptos,*

Este criterio no siempre ha sido respetado y en ocasiones, se ha considerado compatible la aplicación retroactiva del Código Penal vigente, como Ley más favorable, con el mantenimiento de efectos que se hubieran podido producir hasta el momento de su entrada en vigor, -el beneficio de redención de penas por el trabajo del Código derogado- (STS de 18/07/1996, que alude para su aplicación a razones de humanismo penal y penitenciario).⁴¹⁵

En otros supuestos se aplican, con carácter retroactivo, plazos de prescripción más benignos que establece el Código Penal de 1995 o se acoge a la “*lex tertia*” e impone sanciones conforme al Código derogado sin aplicar la agravación de reincidencia.⁴¹⁶

Parte de situaciones afectadas por el cambio normativo y determina, respecto de cada una de ellas, el alcance retroactivo, de las normas, cuando no se establezca expresamente, atendiendo a circunstancias particulares de cada caso específico, dejando margen de acción a la labor interpretativa.⁴¹⁷

sino que, antes al contrario, debe ser completa, global o en bloque, atendiendo a la integridad de la reforma y especialmente a todos y cada uno de los preceptos involucrados en el caso y entre los cuales se adviertan diferencias de tratamiento típico o punitivo”; STS de 25 de noviembre de 1991. Sentencia 3.746. Sala Penal. Ponente Martín Pallín, Fundamento Jurídico Tercero “La retroactividad obedece o a razones humanitarias o de política criminal. Desde este punto de vista se puede sostener que el Estado al dictar una nueva norma ya no tiene interés en penar conductas anteriormente castigadas o en mantener una penalidad de mayor entidad, por lo que ha decidido cambiar el sentido de la norma”.

⁴¹⁵ Vid. STS de 18 de julio de 1996. Resolución 557/1996. Sala Penal. Ponente: Joaquín Delgado García. Fundamento de Derecho Segundo “Evidentemente, nos hallamos ante una limitación de penas que se funda en exclusivas razones de humanismo penal y penitenciario que nada tienen que ver con el dato de la conexión procesal. Así lo entendió la doctrina y así lo vienen entendiendo ya numerosas resoluciones de esta Sala dictadas en los últimos años (Sentencias 30 mayo 1992, 29 septiembre 1992, 7 julio 1993, 8 marzo 1994, 15 y 27 abril 1994, 3 y 23 mayo 1994 y, 20 octubre 1994, 4 noviembre 1994 y 27 enero 1995, entre otras) que consideran aplicable tal norma penal incluso cuando no concurren los requisitos necesarios para dicha conexión, bien utilizando la analogía como procedimiento de integración legal permitido en materia penal cuando beneficia al reo, bien acudiendo a determinados textos de nuestra Constitución (artículos 10, 15 y 25) por estimarse que unas penas excesivamente largas son un obstáculo para la posible reeducación y reinserción social del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona, sin que haya razón alguna que pudiera justificar un trato desigual por el hecho de que pudiera existir o no la mencionada conexión procesal entre los diversos hechos por los que se condenó”.

⁴¹⁶ Cfr. STS de 17 de febrero de 2002. Resolución 1458/2002. Sala Penal. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. Fundamento de Derecho Séptimo “Sin embargo, siendo aplicable a los hechos enjuiciados el Código de 1973 vigente en el momento de suceder los mismos, mostrando el reo a través de su defensa su conformidad con ello, y no deduciéndose diáfamanamente que el Código de 1995 le resulte más favorable por las razones expuestas, debe estimarse el motivo, debiendo añadirse tan sólo que el límite de los 30 años de la regla 2ª del artículo 70 del Código de 1973 tiene carácter absoluto y comprende también las penas impuestas con arreglo al Código de 1995 por haber sucedido los hechos bajo su vigencia (apartado 3º de los hechos probados), lo que es consecuencia de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en relación con la acumulación de condenas. El criterio del reo no es vinculante para el Tribunal, pero sí estimable cuando atendido los parámetros ordinarios de la ejecución la solución no es diáfana”.

⁴¹⁷ Vid. STS 26 de junio de 1997. Resolución 578/1997. Sala Civil. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Fundamento Jurídico Primero b) “El artículo 2.3 del Código Civil, establece como principio

Admite la posibilidad de aplicar una norma retroactivamente, cuando ello pueda deducirse tácitamente atendiendo a su sentido, espíritu o finalidad, así la aplicación retroactiva de la nueva Ley puede fundarse, a pesar del art. 2.3 CC, en una interpretación de la misma que conduzca a afirmar *que aun no diciéndolo, expresamente, su propio contenido, y los objetivos de la misma, entre otras causas, evidencian que el legislador quiso dicha retroactividad.*⁴¹⁸

La interpretación realizada de la *jurisprudencia contra reo*, determina “*Cuando la textura de una norma es abierta y consta en la práctica una consolidada doctrina jurisprudencial que la interpreta, no cabe aplicar retroactivamente una interpretación ex novo contra reo, una vez que el justiciable ya ha cometido el hecho delictivo, dado que es el momento de la comisión cuando ha de ser motivada su conducta por la norma que pretende disuadirle con la admonición de una pena*” (STS 7 de febrero de 2013).⁴¹⁹

La invocación del principio de retroactividad solo puede realizarse en relación con la aplicación de disposiciones legales, a las que afecta el artículo 9.3 CE, *pues el cambio de criterio no está contenido en una norma sino en una sentencia y este principio no impide que los tribunales puedan alterar su criterio y con ello superar y poder integrar resoluciones anteriores, siempre que la nueva doctrina esté razonablemente fundada y resulte patente que existe un cambio de criterio. Así se*

general la irretroactividad de las leyes, salvo que en ellas se disponga lo contrario, pero no dice que ha de entenderse como efecto retroactivo. Sobre esta cuestión han surgido numerosas teorías en la doctrina, que van desde la delimitación de la retroactividad en sus grados máximo, medio y mínimo, en cuanto a los efectos temporales de la ley. Sin embargo la jurisprudencia de esta Sala, aun estudiando el sistema gradual especificado, se ha inclinado por el sistema casuístico, dejando en todo caso un margen amplísimo para su interpretación”.

⁴¹⁸ Vid. STS 5 de julio de 1986. Sentencia nº 1.181. Sala de lo Social. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete. Fundamento de Derecho Tercero “*como precisa la sentencia de la Sala Cuarta de 3 de Mayo de 1979, «la regla de irretroactividad es una norma interpretativa sin sentido absoluto, pues en el caso de que la posterior normativa no contenga disposiciones transitorias, es preciso llevar a cabo una labor hermenéutica para concluir el grado de irretroactividad que contenga la ley nueva».* El mandato retroactivo tácito de la norma es reconocible, según la doctrina científica y la jurisprudencia, cuando así se derive del sentido, carácter y finalidad de la ley, lo que, con independencia de otros supuestos de orden técnico relativos a las disposiciones interpretativas y procesales, sucede cuando el contenido de la nueva norma revele que para ser aplicada es imprescindible darle aquel efecto -Sentencias de 26 de Noviembre de 1934 de la Sala Primera, de 17 de Diciembre de 1941 de esta Sala y de 23 de Octubre de 1982) de la Sala Tercera-, cuando se trata de eliminar situaciones incompatibles con los fines morales o sociales de la nueva disposición -Sentencia de la Sala Cuarta de 26 de Enero de 1980- y cuando ésta tenga por objeto el establecimiento de un régimen general y uniforme -Sentencias de 26 de Mayo de 1969 de la Sala Primera, y de 8 de Abril de 1978, de la Sala Tercera-.

⁴¹⁹ Cfr. STS 7 de febrero de 2014. ST nº 1000/2013. Sala Penal. Ponente. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Fundamento de Derecho Segundo: *Se extienden así las exigencias de precisión y taxatividad de la ley a la fase de su interpretación por los tribunales, de manera que la norma individualizada que de forma reiterada haya venido estableciendo una asentada línea jurisprudencial durante años con respecto a un texto normativo determinado no puede alterarse sorpresivamente contra el reo una vez que este ha ya ejecutado la conducta delictiva.*

permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad.⁴²⁰

2.4.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una interpretación “*a sensu contrario*” del art. 9.3 CE apoya, la constitucionalidad del principio de retroactividad, STC 8/1981; 15/1981; 98/81 y 131/86, sin embargo ha negado la posibilidad de ser aducida en amparo a diferencia de lo que ocurre con la irretroactividad en STC 8/1981; 57/1985 y 59/1986.

Para poder determinar la aplicación de la ley más benigna, en una sucesión de leyes, las disposiciones anterior y posterior deben ser consideradas a partir del contexto normativo completo en el que se insertan.⁴²¹

El principio de retroactividad puede alegarse en amparo bajo la vulneración del principio de legalidad. *Un derecho fundamental que además tiene engarce con el*

⁴²⁰ Cfr. STS 18 de julio de 2011. Resolución 545/2011. Sala Civil. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento de Derecho Quinto B). “*El cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, no exige que previamente se anuncie, ni limita sus efectos para el futuro pues no se excluye para resolver el caso en que se produce el cambio ni los ya iniciados rigiendo el criterio que se modifica SSTC 200/90, de 10 de diciembre, 221/91, de 25 de noviembre, 126/92, de 28 de septiembre, 207/92, de 30 de noviembre, 90/93, de 15 de marzo, 160/93, de 17 de mayo, 192/94, de 23 de julio). El principio de retroactividad solo puede invocarse en relación con la aplicación de disposiciones legales, a las que afecta el artículo 9.3 CE, pues el cambio de criterio no está contenido en una norma sino en una sentencia (SSTS de 11 de diciembre de 1997, RC n.º 1791/1994) y este principio no impide que los tribunales puedan alterar su criterio y con ello superar y poder integrar resoluciones anteriores, siempre que la nueva doctrina esté razonablemente fundada y resulte patente que existe un cambio de criterio. Así se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad (STS de 10 de mayo de 2003, RC n.º 862/1997, 16 de abril de 2007, RC n.º 2454/1999, 14 de noviembre de 2008, RC n.º 1751/2003).*”

⁴²¹ Vid. STC 131/1986 de 29 de octubre. Sala Civil. Ponente Eugenio Díaz Eimil. Fundamento Jurídico Segundo “*El principio de retroactividad de la ley penal más favorable no concede derecho de carácter constitucional susceptible de amparo, según han declarado las sentencias 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo, pero es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva. No es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el Auto 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 de la CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen.*”

En este sentido se expresa la DD TT 2ª del CP de 1995, la DD TT 2ª de LO 15/2003 y la DD TT 1ª de LO 5/2010.

La doctrina posiciona el principio de retroactividad, dentro del ámbito del artículo 25.1 para tener cabida como garantía material relacionada con la selección de la norma penal aplicable, Lascurain Sánchez, Cuerda Riezu, Huerta Tocildo, Frigols i Brines, entre otros.

*principio de legalidad (art. 25.1 CE), en relación con la prohibición de retroactividad de las normas penales perjudiciales al reo (STEDH Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania, de 22 de marzo de 2001 [TEDH 2001, 229]), ya que las garantías de legalidad y seguridad deben extenderse a la ejecución de las penas, integrándose la irretroactividad de las normas y su interpretación desfavorable al reo en «el complejo de la legalidad del art. 25.1 CE» (STEDH Punk v. Estonia, de 10 de febrero de 2004 [TEDH 2004, 10]).*⁴²²

Distingue entre retroactividad auténtica, -la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio- y retroactividad impropia -la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, la seguridad jurídica y diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.⁴²³

Una norma es retroactiva a efectos del art. 9.3, “cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas”. Tal diferenciación se traduce, otrosí, en que la plena operatividad de la primera cedería sólo excepcionalmente ante exigencias cualificadas del bien común, mientras que en la impropia “la ilicitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, una parte, la seguridad jurídica, y de otra, diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del Ordenamiento Jurídico” (Por todas STC 27/1981).

⁴²² Vid. STC 39/2012 de 29 de marzo. Pleno. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento de Derecho Octavo “en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya la pena que le fue impuesta. Por tanto, y aunque el recurrente fue privado legítimamente de libertad, una vez cumplida la pena en los términos anteriormente expuestos, nos encontramos ante una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley, pues el título que la legitimaba se ha extinguido. Por ello, el exceso de tiempo pasado en prisión constituye una privación de libertad carente de base legal y lesiva del derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE (STC 322/2005, de 12 de diciembre, FFJJ 2 y 3; y STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia §§ 44 y 45)”.

⁴²³ Vid. STC 112/2006 de 5 de abril de 2006. Pleno. Ponente Pablo Pérez Tremps. Fundamento Jurídico Decimoctavo establece: *Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11 y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia.*”

3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, PROHIBICIÓN DE EXCESO O NECESIDAD DE LA PENA

Principio decisivo en el momento de la aplicación retroactiva de las leyes penales. Su repercusión en la configuración y entendimiento del Derecho Penal es muy amplia y no puede quedar reducido a un criterio de aplicación de la pena al caso concreto. Puede ser enunciado como aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá estar constitucionalmente justificada.⁴²⁴

En nuestro país ha asumido este principio, derivado de la doctrina alemana, COBO DEL ROSAL, entre otros, para quien la aplicación de cualquier consecuencia jurídica ha de ajustarse a varias exigencias.⁴²⁵ A) *Adecuación a fin*, que la medida que se adopte ha de ser apta para alcanzar los fines que la justifican y conforme a ellos, siendo la pena medio idóneo para tutelar el bien jurídico de que se trate;⁴²⁶ B) *Necesidad o intervención mínima*, con dos consecuencias: atribuir al Derecho Penal un carácter fragmentario que implica reconocer que no todo bien jurídico debe pasar a ser un bien jurídico penal y sólo el bien o interés de que se trata, ha de ser digno merecedor de protección, necesitado de ella y susceptible de ser protegido penalmente, concedido ante los ataques más graves e intolerables; y atribuirle un carácter subsidiario, porque sólo se acude a la pena cuando otros medios no penales carecen de la facultad de garantizar una eficaz protección del bien de que se trate.⁴²⁷ La incidencia del momento de aplicación de la pena es importante, pues el ordenamiento jurídico debe contar con

⁴²⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., Con esta definición se va más lejos de establecer una relación entre delito y pena, ahora se trata de la “proyección del principio constitucional de proporcionalidad” sobre la concreta cuantía de la pena y cuyo objeto es medir la idoneidad, necesidad y equilibrio de la medida, es decir, que las penas no introduzcan un sacrificio inidóneo o desproporcionado del derecho a la libertad. En “*Sobre el Principio de Legalidad*”. Ob. Cit. Pág. 104 y ss.

⁴²⁵ Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTAR DÍEZ, M., En “*Instituciones de Derecho penal español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 67 y ss.

⁴²⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTAR DÍEZ M., También se denomina a éste principio de *ultima ratio*. En “*Instituciones de Derecho penal español*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 68 y ss.; CUERDA ARNAU, ML., El control de la idoneidad está lleno de dificultades y resulta difícil determinar el grado exacto de eficacia requerido por este principio. Así el legislador está limitado para acudir al recurso de la pena cuando el pronóstico “*ex ante*” es inidóneo para su aplicación, pero, por otro lado la pena ha de ser adecuada y esa justificación conlleva su aceptación. En “*Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal*”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Valencia 1997. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. Pág.471.

⁴²⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTAR DÍEZ M., En “*Instituciones de Derecho Penal Español*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 69.; CUERDA ARNAU, ML., Esta afirmación supone un juicio comparativo sobre el grado de eficacia de cada medida, desde la penal (la más lesiva) a otras menos restrictivas. Aunque el Derecho Penal contemporáneo ha olvidado el carácter fragmentario y optado por la inflación punitiva que degrada la función de la pena. En “*Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal*”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Ob. Cit. Pág. 472.

medios para afrontar la ausencia de necesidad de castigar o de castigar tan gravemente en el caso concreto, para una tutela adecuada; C) *Proporcionalidad en sentido estricto* que se concreta en la exigencia de que pena y medidas de seguridad mantengan una razonable relación valorativa con el hecho, que presupone un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido.⁴²⁸

4. RECAPITULACION. TOMA DE POSTURA

La prohibición de retroactividad o imposibilidad de aplicar normas posteriores a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que se aplica, se asienta sobre los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La seguridad jurídica constituye la tranquilidad en el devenir de la sociedad ante el miedo a la incertidumbre, a lo desconocido de su existencia. Es un valor ligado al Estado de Derecho, donde el hombre necesita saber cuál va a ser la evolución jurídica para amoldar su conducta a dicha situación y evitar sorpresas en un futuro. Es necesario, por tanto, conocer a través de una Ley (penal) promulgada y escrita el contenido del tipo delictivo y delimitar sus consecuencias jurídicas, descartando conceptos indeterminados que den lugar a equívocos.

La posibilidad que ofrece el Derecho de aplicar leyes con carácter retroactivo, vulnera el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos que se ven sorprendidos ante una nueva normativa que puede incidir en situaciones realizadas en el pasado. Pero el Derecho debe ser adaptado a la sociedad, que avanza de manera constante en el ámbito jurídico, donde surgen nuevas tecnologías que generan formas delictivas, imposibles de imaginar, décadas atrás, y destipifica hechos que carecen de interés para el Estado, que obligan, con cautela, a aplicar normas con carácter retroactivo. Esta

⁴²⁸ Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTAR DÍEZ M., Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas a la defensa del bien lesionado, al mal causado y si el juicio de reproche fuese inferior, la proporcionalidad en sentido estricto habría de entenderse conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela que es el auténtico objeto de la ponderación y no según la gravedad del delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarlo. En *“Instituciones de Derecho penal español”* Parte General. Ob. Cit. Pág. 68; CUERDA ARNAU, ML., Existe acuerdo en la doctrina en entender que la gravedad de la pena se determina atendiendo a la gravedad del delito cometido y a ello parece referirse el artículo 2 CP. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que debe atenderse al daño social o a la nocividad social del hecho. En *“Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal”*. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Ob. Cit. Pág. 472 y ss.

evolución permite al Ordenamiento estar en situación paralela a la sociedad y evitar un Derecho inepto.

A través del principio de legalidad, el Estado como órgano supremo del Poder Legislativo, toma parte e impone castigos, basando su poder en el “*imperio*” de la ley, respetando el principio de división de poderes y prohíbe aplicar leyes retroactivamente a situaciones nacidas antes de la vigencia de la ley que se aplica.

La mayor parte de las teorías fundamentadoras de la irretroactividad están basadas en los principios de legalidad y seguridad jurídica a pesar de dar entrada a otros conceptos que matizan y cumplimenta el fundamento del principio “*tempus regit actum*”.

Ahora bien, para la doctrina penalista, la aplicación retroactiva de la ley penal está admitida y justificada, por un sentimiento de justicia universal. No resulta de justicia aplicar a un reo una pena que hoy ya no está en vigor y que resulta más grave que la que correspondería aplicar por el momento de comisión de los hechos. También se alzan voces, que fundamentan este principio, en defensa de la garantía de libertad individual que impide que se restrinjan derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no es necesario o que se mantengan sanciones que han sido atenuadas.

La Constitución de 1978, ha puesto límites a la prohibición de retroactividad en dos supuestos concretos, leyes que limitan derechos fundamentales y libertades públicas, lo que evidencia que esta posibilidad de retroacción de la ley debe estar en relación y en correcto entendimiento con el principio de irretroactividad de las normas desfavorables, si bien tanto fundamento como funciones, en ambos principios son diferentes y así se debe mantener.

La imposibilidad de evolución de nuestro Ordenamiento, y su anquilosamiento sería inmediato, si impedimos su evolución, a un ritmo similar a como lo hace la sociedad, por tanto, la posibilidad de aplicar retroactivamente leyes que en todo caso benefician al reo, debe ser admitida unánimemente.

Cierto, que las víctimas de delitos que se despenalizan, difícilmente aceptarán la nueva situación, que vulnera su código ético-subjetivo, y resulta elogiable, sin embargo, el Derecho debe avanzar movido por la defensa de intereses objetivos en beneficio del bien común.

El objetivo del Derecho Penal debe tender a la ejecución humanitaria de penas y medidas de seguridad, a evitar infligir males innecesarios (por ser ya un mal en sí

misma), a través del aprendizaje de valores que deben encontrarse en la sociedad, desterrando la retribución y encaminados hacia la ansiada unidad Derecho y Moral.

El penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, aunque sometido a un régimen jurídico particular, por el comportamiento antisocial previo y dirigido a preparar su vuelta a la libertad, con ciertos controles educativos que deben ser impuestos al que inicia su vida, después de un periodo de aislamiento en un centro penitenciario.

CAPITULO III.

CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

1. RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN CONSTITUCIÓN DE 1978

1.1 CONSTITUCIÓN NORMA SUPREMA DEL ORDENAMIENTO

Dispone el artículo 9.1 CE *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. Impone, esta expresión, la superioridad constitucional sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico del que forma parte y consagra el principio de legalidad.⁴²⁹

Principio de legalidad, que en su doble dimensión, formal y material, implica la sumisión a la Ley de cualquier actividad administrativa en general, incluso disposiciones vigentes y órganos encargados de dictar las mismas.

La Ley, expresión escrita, del principio de legalidad, cuenta con una legitimación político-constitucional directa, al emanar del órgano que encarna la soberanía popular (el poder legislativo o parlamento); como disposición normativa

⁴²⁹ Vid. STC 9/1981 de 31 de marzo. Sala Primera. Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant. Fundamento Jurídico Tercero. *“La Constitución es una norma....cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico...La naturaleza de norma superior de la Constitución se manifiesta, en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento conforme a la misma y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores que fueran incompatibles con ella. Inconstitucionalidad que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación”*. En este sentido GARRIDO FALLA, F., No tiene antecedentes este precepto en nuestra trayectoria constitucional, si bien este valor ha estado presente desde la Constitución de 1812. En *“Comentarios a la Constitución”*. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Editorial Civitas. Tercera Edición ampliada. Madrid 2001. Pág. 155 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., No sólo afecta, este precepto a los poderes públicos (Jueces y Tribunales) sino que afecta también a los ciudadanos mismos, que ganan, pierden y modulan sus derechos. En *“El valor normativo de la Constitución española”*. Revista de Derecho Político nº 44. 1998. Pág. 37 y ss.; También VILLAR PALASI, JL/SUÑE LLINAS, E., En *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. Artículos 1 a 9. Editorial Edersa 1996. Pág. 493.; GAYA SICILIA, R., En *“El Principio de irretroactividad de las Leyes en la Jurisprudencia Constitucional”*. Editorial Montecorvo. Madrid 1987. Pág. 118.

formal y estricta, por su estructura y procedimiento de elaboración, responde a exigencias de certeza y seguridad jurídica; es instrumento eficaz contra el “*ius incertum*” y la arbitrariedad del viejo régimen porque permite conocer y calcular, al ciudadano, las consecuencias de sus actos.⁴³⁰

La Constitución española de 1978 ha sido elaborada de manera democrática, por decisión constituyente del pueblo, como expresión de un verdadero pacto social, para instituir un marco perdurable del sistema democrático efectivo, que opera por sí misma como fundamento del Ordenamiento Jurídico.⁴³¹ En ella se contemplan criterios rectores de nuestro sistema jurídico: los valores superiores del ordenamiento, que aparecen recogidos en el artículo 1; *voluntad popular y protección de derechos individuales* son base del principio de legalidad y fundamento de legitimidad del Estado.⁴³² El principio de actuación judicial conforme a la Constitución y el respeto a la interpretación, realizada por el Tribunal Constitucional, rigen la senda del Orden Jurídico.

El cambio aportado por la CE de 1978, implica un Estado Social, donde el primero de los problemas a tener en cuenta es *la sociedad* y se intenta configurar ésta de acuerdo con la idea previa de “*justicia*”.⁴³³ Por otra parte el Estado de Derecho logra que pueda concebirse, el Derecho Penal, en su dimensión garantista de derechos y libertades.⁴³⁴

⁴³⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Solo una norma procedente del poder legislativo, que representa toda la sociedad unida por el contrato social, puede limitar la sagrada libertad del individuo, definiendo delitos y estableciendo sus penas. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 770.

⁴³¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La elaboración constitucional supone un hito en la historia del constitucionalismo español. En “*El valor normativo de la Constitución española*”. Revista de Derecho Político nº 44. Ob. Cit. Pág.35 y ss.; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 67.

⁴³² La Constitución española de 1978, cit. artículo 1 “*España se constituye en un Estado social y democrático de derechos, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado; La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria*”.

Desarrollo del principio de libertad, son los derechos fundamentales enunciados en el título I, derechos que son fundamento del orden político y la paz social. (Art. 10.1).

La Ley Orgánica del Poder Judicial, cit. artículo 5.1 “*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretaran y aplicaran las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales*”. Ley Orgánica del Poder Judicial, Cit. artículo 7.2 “*Los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en su caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido*”.

⁴³³ Cfr. GARRIDO FALLA, F., Este es el sentido de la *justicia social*. En “*Comentarios a la Constitución*”. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 31.

⁴³⁴ Vid. BOIX REIG, J., De otra forma el Derecho penal sería un instrumento del poder político, deviniendo en “*terror penal*”. En “*El Principio de Legalidad en la Constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto (4 al 11 de marzo de 1983). Pág. 7.

Órgano competente para aplicar e interpretar la Constitución es el Tribunal Constitucional al que corresponde, en exclusiva, el ejercicio de su aplicación e interpretación y goza, de poder para declarar inconstitucional cualquier norma contraria a la Carta Suprema -función que está vetada para otros órganos-.⁴³⁵ Los Tribunales ordinarios no pueden apartarse del sentido que dé a la Constitución su “*interprete supremo*” a través de sentencias de inconstitucionalidad, conflictos de atribución, declaraciones de inconstitucionalidad sobrevenida y resoluciones en recursos de amparo.⁴³⁶

En el ámbito criminal, la Ley como norma que dimana de la soberanía popular, del Parlamento, está por encima del resto de fuentes del Derecho, y unido al aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, limita la relevancia de cualquier otra fuente de derecho para definir delitos y causas de agravación de la responsabilidad criminal o establecer consecuencias jurídico penales, incluidas las medidas de seguridad.⁴³⁷

El texto constitucional exige en el art. 149.1 6º, expresamente, *ley estatal*, para legislar en materia penal “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”.⁴³⁸

⁴³⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., El artículo 163 CE deja en manos de Tribunales ordinarios la labor de denunciar, que una norma puede ser contraria a derecho “*Cuando un órgano judicial considere, en algún momento del proceso, que una norma con rango de Ley aplicable al caso, de cuya validez dependa fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional*”. En “*El valor normativo de la Constitución española*”. Revista de Derecho Político nº 44. Ob. Cit. Pág. 38 y ss.; Esta idea de “*Justicia*”, es en la que fundamenta, la mayor parte de la doctrina, el principio de retroactividad.

⁴³⁶ Vid. VILLAR PALASI JL/SUÑE LLINAS, E., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág., 563 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Disposición Derogatoria 3 de la CE, declaró “*derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*. En “*El valor normativo de la Constitución española*”. Revista de Derecho Político nº 44. Ob. Cit. Pág. 41 y ss.

⁴³⁷ Vid. BOIX REIG, J., Esta exigencia cobra un especial sentido en Derecho Penal, por ser el conjunto normativo en el que derechos y libertades de los ciudadanos pueden restringirse más gravemente. En “*El principio de Legalidad en la Constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983. Ob. Cit. Pág. 9; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal, Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 769.

⁴³⁸ Vid. STC 162/1996 de 17 de octubre. Pleno. Ponente: José Gabaldón López. Fundamento de Derecho Cuarto. “*En el supuesto que ahora nos ocupa, es indudable que el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona, merece ser calificado por sus contenidos como «legislación penal» puesto que se trata de la configuración de un tipo (correspondiente al delito de desobediencia); ámbito material éste que el art. 149.1.6 de la Constitución reserva a la competencia exclusiva del Estado y que, por tanto, está vedado al legislador autonómico*” Se produce una invasión de las Cortes Valencianas en materia reservada al Estado.

No existe, sin embargo, precepto constitucional que pueda determinar con claridad, *el rango de “Ley”* necesario para establecer delitos y penas.⁴³⁹ La doctrina mayoritaria exige, con apoyo en el artículo 81 CE, rango de *ley orgánica* para aquellas normas “*relativas al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas*” en la medida en que prohíben conductas, limitan la libertad individual y afectan al honor (dada la repercusión que el honor tiene de ser sometido a un proceso penal).⁴⁴⁰

La Constitución como norma suprema, es centro desde el que debe interpretarse todo el Ordenamiento Jurídico, y confirmar su legalidad o la inconstitucionalidad sobrevinida de aquellas normas, anteriores, que resulten incompatibles con ella.

1.2. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DE 1978

Manifiesta el artículo 9.3 CE de 1978 “*La constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.⁴⁴¹

El mandato constitucional va dirigido a órganos de producción normativa, de manera especial, y a órganos de aplicación jurídica. El legislador encuentra, en esta disposición, límites a su mandato y no podrá conceder eficacia retroactiva a leyes que sancionen un comportamiento no castigado en la regulación precedente; tampoco a

⁴³⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág.103.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El problema de si la ley debe ser orgánica u ordinaria, se plantea con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y respecto a leyes posteriores a ésta o a sus modificaciones, ya que previamente a la Carta Magna no había reserva de ley. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 773.

⁴⁴⁰ La Constitución Española, cit. artículo 81 “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. En este sentido COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DIEZ, M., Existe en materia penal una reserva absoluta de ley orgánica. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III. Artículos 24 a 38. Editorial Edersa 1996. Pág.130.

⁴⁴¹ Vid. GARRIDO FALLA, F., Antecedentes constitucionales son el artículo 7 de la Constitución de 1812 “*Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas*”. Artículos 8, 9, 10, 11 y 13 de la Constitución de 1869; Arts. 14 y 16 de la Constitución de 1876; Arts. 28, 100, 101, 106, 121 y 125 de la Constitución de 1931; Artículo 17 del Fuero de los Españoles. En “*Comentarios a la Constitución*”. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 169.

leyes que agraven la sanción previa, contemplada para determinada conducta por normativa anterior; ni podrá a leyes que introduzcan límites a derechos fundamentales y libertades públicas, por aparecer así reconocido en el vigente texto constitucional.⁴⁴²

El expreso y amplió reconocimiento constitucional, del principio de no retroactividad de leyes, se inicia con el artículo 9 del texto de 1837 *“Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban”*. Su redacción ha permanecido, invariable, en los sucesivos textos constitucionales, hasta 1931, cuyo artículo 28, dejaba abierta la posibilidad de poder agravar la pena, siempre y cuando el hecho fuera punible en el momento de realizarse.⁴⁴³

El reconocimiento de irretroactividad es, norma básica del Ordenamiento Jurídico y punto de partida para dar significado al mismo. El resto de disposiciones referentes a la irretroactividad, contenidas tanto en el texto constitucional -artículo 25.1- como en el Código Penal -artículos 1, 2, 3 y 4- deben ser interpretadas, desde la declaración que contiene este precepto.⁴⁴⁴ Su emplazamiento sistemático dentro del Título Preliminar es decisión razonada, al ser éste el Título que contiene las líneas maestras del texto constitucional. En él se custodian valores fundamentales del Ordenamiento, se establece la fórmula política del Estado español -social y democrático

⁴⁴² Vid. DÍEZ-PICAZO, LM/ GULLÓN, A., Ningún legislador podrá pretender dotar a las leyes que dicte de efecto retroactivo cuando sean leyes sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ob. Cit. Pág. 114 y ss.; COBO DEL ROSAL M/QUINTANAR DÍEZ M., Denuncia la defectuosa consagración del principio que aparece constitucionalmente recogido en el artículo 9.3, del que se deriva la regla *“tempus regit actum”* En *“Instituciones de Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 96.; RUIZ ROBLEDO, A., No devienen inconstitucionales las normas penales y administrativas sancionadoras en fuentes preconstitucionales que no posean el rango adecuado, pero esas normas pueden serlo si vulnerasen los aspectos materiales del principio de legalidad. No puede exigirse a las leyes anteriores a la Constitución respeto a la garantía formal, pero no puede decirse lo mismo de la garantía formal. En *“El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva”*. Ob. Cit. Pág. 178.

⁴⁴³ Constitución española de 1931, cit. artículo 28: *“Solo se castigaran los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración, Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales.”* La Tabla de Derechos previa al Estatuto de 1834 ya reconocía este derecho, aunque el Estatuto no hizo mención al mismo. A partir de la Constitución de 1845 todas las siguientes han consagrado este precepto; la de 1845 en el artículo 9 con la misma redacción que su predecesora; la de 1869 en el artículo 11, (redacción más completa); la de 1876, artículo 16, misma redacción que la previa.

⁴⁴⁴ Cfr. RUIZ ANTÓN, LF., En *“El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia”*. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág.150; QUINTERO OLIVARES, G., La irretroactividad es el único aspecto que queda claramente recogido en el artículo 25.1 CE, cumpliéndose así la exigencia de certeza de la normativa penal aplicable en relación con un determinado supuesto de hecho, en aras a cumplimentar la necesidad de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad. En *“Manual de Derecho Penal”*. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 75.

de derecho- y la voluntad popular -monarquía parlamentaria-.⁴⁴⁵ La redacción dada, logró positivizar principios generales, que si bien figuraban en el espíritu legislador constituyente, desde los inicios codificadores, no habían sido reunidos, de manera tan acertada en un precepto constitucional anteriormente.

Queda reconocida, en el artículo 9.3 CE la irretroactividad, con carácter general, no referida exclusivamente, al ámbito penal.⁴⁴⁶ Sin embargo, es objeto de polémica, la interpretación que se viene realizando del precepto en cuanto a “*disposiciones no favorables*” y “*derechos individuales*”.⁴⁴⁷

El Tribunal Supremo ha proclamado “*nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio “tempus regit actum” o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo*”.⁴⁴⁸ La irretroactividad de normas se presume.⁴⁴⁹

Si no se establece, la retroactividad de manera expresa, ni tácita, el Tribunal opta por aplicar la prohibición de retroactividad (STS 11 de junio 1985).⁴⁵⁰

Exige respeto a los derechos adquiridos, siguiendo el efecto inmediato de la Ley, hoy predominante en la doctrina en materia de derecho transitorio (STS 3 de junio de 1995).⁴⁵¹

⁴⁴⁵ Peces Barba, por el grupo Socialista, entendía que el mantenimiento del artículo 9.3, con tales principios, zanjaba la polémica en torno a si los principios generales del Derecho son de Derecho natural o si, por el contrario, se deducen del Derecho positivo. En Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 67 de 16 de mayo de 1978. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Sesión nº 6 Pág. 2386 y ss.: En este sentido VILLAR PALASÍ, JL/SUÑE LIÑAS, E., Ponen de manifiesto que la repercusión jurídica del mantenimiento del artículo 9.3 es clara, ya que al estar constitucionalizados dichos principios, vinculan incluso al poder Legislativo. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 471 y ss.; También GAYA SICILIA, R., En “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 61.

⁴⁴⁶ Vid. VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág.18

⁴⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., En “*Derecho Administrativo*”. Parte General. Editorial Tecnos 2013. Novena Edición. Pág. 140.

⁴⁴⁸ Vid. STS de 25 de mayo de 1995. Sentencia nº 492. Sala Civil. Ponente Teófilo Ortega Torres. Fundamento de Derecho Cuarto. STS 3 de noviembre de 1997. Resolución 951/1997. Sala Civil. Ponente Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto.

⁴⁴⁹ STS 19 de octubre de 1982. Sentencia 415. Sala Civil. Ponente Jaime Santos Briz. Considerando Segundo.

⁴⁵⁰ Vid. STS 11 de junio de 1985. Sentencia nº 379. Sala Civil. Ponente Rafael Casares Córdoba. Fundamento de Derecho Quinto; STS 3 de noviembre de 1997. Sala Civil. Resolución 951/1997. Ponente Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto: “*la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales no es aplicable en las relaciones obligacionales de carácter bilateral, ya que lo que es restricción del derecho de una parte supone ampliación de la esfera jurídica de la contraria, lo que priva a la norma del carácter exclusivamente restrictiva*”.

⁴⁵¹ Vid. STS 3 de junio de 1995. Sentencia nº 530. Sala Civil. Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez. Fundamento de Derecho Segundo.

También se pronuncia nuestro TS en el sentido de que no disponer expresamente la retroactividad o que no se deduzca tácitamente, no implica, necesariamente y en todos los casos, aplicación subsidiaria de la irretroactividad consagrada en el artículo 2.3 CC. (STS 16 de abril de 1991).⁴⁵²

La irretroactividad irradia su fuerza “*en estatutos privados sancionadores de conductas de los que a ellos se someten, sobre todo cuando recaen sobre personas que tienen como medio de vida el desarrollo de la actividad que se prohíbe temporalmente*” (STS 25 de noviembre de 2005).⁴⁵³

Nuestro alto Tribunal acepta una concepción amplia del principio de irretroactividad y defiende que sostener el carácter irretroactivo de una ley implica que ésta sólo rige de cara al futuro y no ordena más que para el porvenir.⁴⁵⁴

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 227/1988 de 29 de noviembre, restringe el alcance del principio de irretroactividad de normas a supuestos contemplados en el artículo 9.3 y niega su fundamentación en el respeto a derechos adquiridos. (STC 27/1981, 6/1983, 99/1987, 159/1990, 173/1996 y 104/2000) ⁴⁵⁵.

⁴⁵² Cfr. STS 16 de abril de 1991. Sentencia nº 280. Sala Civil. Ponente: José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Séptimo. “*Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir cuando de resolver una cuestión como la presente se trata. En efecto, la disposición transitoria cuarta del Código Civil establece «que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código (léase la ley nueva) subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código (léase ley nueva)».* La interpretación de esta norma conduce a la fijación de dos claros criterios: uno, el derecho de fondo aplicable a la cuestión, en tanto afecte a derechos adquiridos, se rige por la ley antigua, pero el modo de hacerlos valer, la ley procesal, es la ley nueva. De manera impropia en la terminología, que emplea, pero ilustrativa en el particular que nos concierne, la exposición de motivos del Código Civil explica esta norma señalando que ninguna consideración de justicia exige que el ejercicio posterior de los derechos, su duración y los preceptos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código, o sea, de la «ley nueva» y alude al carácter adjetivo de estas disposiciones y a la posibilidad de que estas normas tengan carácter retroactivo, al menos, retroactividad débil, en sentido doctrinal”.

⁴⁵³ Vid. STS 25 de noviembre de 2005. Resolución 910/2005. Sala Civil. Ponente Antonio Gullón Ballesteros. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴⁵⁴ Vid. STS 3 de noviembre de 1997. Resolución 951. Sala Civil. Ponente Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto. “*ha de estimarse como infringido el artículo 2.3 del Código Civil en cuanto establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario; dice la Sentencia de 3 junio 1995 que «es doctrina jurisprudencial (Sentencias de 3 mayo 1963 y de 7 mayo 1968 que nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio "tempus regit actum" o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo».*

⁴⁵⁵ Vid. STC 227/1988 de 29 de noviembre. Pleno. Ponente Jesús Leguina Villa. Fundamento de Derecho Noveno. Recursos de inconstitucionalidad promovidos en relación con la Ley 29/1985 de 2 de agosto “*...Pero también hemos señalado en anteriores ocasiones que la Constitución no emplea la expresión*

La garantía de no retroactividad queda limitada por el Tribunal Constitucional a *derechos fundamentales y libertades públicas* (STC 90/2009 de 20 de abril).⁴⁵⁶

La prohibición de retroactividad tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos, previamente a su entrada en vigor (STC 108/2012).⁴⁵⁷

La STC 112/2006 de 5 de abril, resume en FJ 17, la doctrina existente, en relación con el principio de irretroactividad de leyes, desde el texto constitucional de 1978, (si bien este Tribunal ha mantenido diferentes pronunciamientos, al respecto)

derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el art. 9.3 con el ius quaesitum (STC 27/1981, de 20 de julio) y, en definitiva, que la "invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico" -SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero y 99/1987, de 11 de junio, entre otras-. Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el art. 9.3 del texto constitucional, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia ex nunc, el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución." Incluso la STC 99/1987 de 11 de junio se pronuncia en este sentido al respecto de la edad de jubilación de funcionarios. Ponente Carlos de la Vega Benayas. Fundamento de Derecho nº 6 b) de ahí la prudencia que la doctrina del T.C. ha mostrado en la aplicación del referido principio, señalando que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la C.E., cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas», y que «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. (STC 42/1986, de 10 de abril). Y añade la (STC 108/1986) esta doctrina conduce a rechazar la supuesta vulneración del principio de irretroactividad, pues las disposiciones impugnadas (art. 386 LOPJ) para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubilación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados (Fundamento Jurídico nº 17)".

⁴⁵⁶ Vid. STC 90/2009 de 20 de abril. Sala Segunda. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. Fundamento de Derecho Cuarto. "A lo anterior debe añadirse también que es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3), a saber, que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Y es también doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), aun cuando, eso sí, protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11).

⁴⁵⁷ Cfr. STC 108/2012 de 21 de mayo. Sala Segunda. Ponente: Francisco José Hernando Santiago. Fundamento de Derecho Cuarto. "Pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9), supuesto que no se da en el caso analizado".

1.2.1 ITER PARLAMENTARIO

La composición del artículo 9.3 CE no fue sencilla y su redacción definitiva se perfiló, en el transcurso de intensos debates parlamentarios entre Congreso y Senado.

El origen del precepto (Anteproyecto Constitucional) contaba con un texto donde la irretroactividad se dirigía a normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales.⁴⁵⁸ A ésta redacción inicial se presentaron enmiendas, que fueron poco a poco modificando el singular precepto.⁴⁵⁹

Finalizado, por la Ponencia, el estudio de votos particulares y enmiendas presentadas, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes un informe, al que se unía el

⁴⁵⁸ Anteproyecto de Constitución de 1978, cit. artículo 9.3 “*Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, de seguridad jurídica, de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos*”. BOE de 5 de enero de 1978 nº 44. Pág. 671. Es una redacción más amplia, la que contiene el anteproyecto, que la que finalmente fue aprobada.

⁴⁵⁹ La enmienda nº 11, propuesta por el diputado popular, Juan Luis de la Vallina Velarde disponía: “*Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, salvo en sus efectos favorables a los particulares*” La justificación alegada es que no debe olvidarse la posibilidad de efecto retroactivo de las normas sancionadoras y restrictivas cuando sus efectos sean favorables a los sujetos a los que se aplican, sobre todo en una Constitución tan detallada como la que ofrece el proyecto. Cfr. GAYA SICILIA, R., En “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 78; VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 18; La enmienda nº 15, propuesta por Alianza Popular sugiere: la conveniencia de que cada uno de los principios contenidos en dicho apartado se separen por punto y como, en lugar de solamente coma, al objeto de clarificar su sentido, ya que, de otra forma, el término irretroactividad parece comprender también la seguridad jurídica o la exclusión de la doble sanción; La enmienda 249, del Grupo Socialista de Cataluña propone la siguiente redacción “*Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas sancionadoras, no favorables*” Su argumento es que nunca la irretroactividad debe alcanzar a las normas más favorables (En el mismo sentido se presentó la enmienda 331 por el Grupo Socialista). Cfr. SUÁREZ COLLÍA, JM., Encuentra el antecedente de esta propuesta de retroactividad de disposiciones favorables, en el artículo 29 de la constitución portuguesa de 1976. En “*La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*”. Ob. Cit. Pág. 36.; VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 18 y ss.; La enmienda 595, propuesta por el Grupo Parlamentario Vasco, exigía, al final de la redacción, una cláusula que estableciese: “*las leyes tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo*” justificando dicha redacción en base a que establecer el principio de irretroactividad de la ley penal con carácter absoluto supone quebrantar un principio esencial: el de la retroactividad de la ley penal favorable consagrado en el artículo 24 del Código Penal y en el artículo 208 del Código de Justicia Militar.; Cfr. VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 19; La enmienda nº 698 propuesta por el Grupo comunista, exigía la supresión del término “*fiscales*” y lo fundamentaba en varias razones, como propiciar una óptima justicia en evitación del fraude, supeditar los derechos económicos a los intereses generales, razones técnicas de aplicación de las normas fiscales por períodos anuales completos, razones de política fiscal para acelerar la aplicación de las políticas fiscales con el consiguiente incremento de ingresos y razones de derecho positivo, como la idea de retroactividad contenida en el artículo 2 del Código Civil, que hacían necesario prohibir la retroactividad de las normas fiscales. Cfr. VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 19 y ss.

texto revisado, dando nueva redacción al párrafo, con la supresión del término “*punitivas*” y la inclusión del término “*no favorables*”.⁴⁶⁰

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso debatió el artículo 9 y Jordi Solé Tura, abogó por la supresión del término “*fiscales*”, objetivo que se consiguió en la redacción final.⁴⁶¹

El precepto salido de la Comisión contaba con matices importantes, como el principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos que se deriva al artículo 24, donde quedaría consagrado como tal para ser regulado con la amplitud necesaria, y no incidir en posibles efectos negativos de una mera definición general. En cuanto al resto del párrafo 3, la mayoría de la Ponencia, optó por la referencia a irretroactividad de normas o a restricción de derechos en la propia sustantividad del hecho.⁴⁶² En el Pleno del Congreso no hubo debate y se aprobó conforme había salido de la Comisión.⁴⁶³

En el Senado, destacan la enmienda número 12 de Progresistas y Socialistas Independientes, sustituida *in voce*: “*la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos quedan garantizados por la Constitución*”.⁴⁶⁴ No

⁴⁶⁰ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes nº 82 de 17 de abril de 1978. Se aceptan las enmiendas nº 11, 15, 249, 331, 461 del Grupo Mixto, 565 y 691 y aunque no resultó ser el texto definitivo se redactó el párrafo 3 del artículo 9: “*Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa; de legalidad; de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales; de seguridad jurídica; de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos*” Pág. 1617 y ss.

La no aceptación de la enmienda nº 698, se mantiene, por considerar como principio general el de la irretroactividad de las leyes fiscales. Pág. 1526 y ss.

⁴⁶¹ Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, celebrado el 16 de mayo de 1978, Jordi Solé Tura, (uno de los llamados Padre de la Constitución) defendió la enmienda, “*la razón fundamental de solicitar la supresión del término fiscales, es que en buena doctrina hacendística, el mantener la irretroactividad absoluta de las normas fiscales puede, en algún momento, ser contraproducente y hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal. En consecuencia preconizamos que desaparezca este adjetivo, puesto que no prejuzga nada y, en cambio, de mantenerse podría impedir esta interpretación que yo decía*” petición que supuso la supresión del término fiscales en la redacción final del párrafo tercero del artículo 9 de la Constitución. En Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 67 de 16 de mayo de 1978. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas Sesión nº 6 Pág. 2382. Este debate también fue apoyado por Peces Barba en la misma sesión. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 67 Pág. 2386 y ss.

⁴⁶² El texto aprobado por el Pleno del Congreso determina: “*Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa; de legalidad, de irretroactividad de las normas sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales; de seguridad jurídica y de responsabilidad de los poderes públicos*”. En Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 67 de 16 de mayo de 1978. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas nº 6. Pág. 2389.

⁴⁶³ Vid. Diario de Sesiones del Congreso nº 104 de 5 de agosto de 1978. Sesión nº 2. Pág. 3888.

⁴⁶⁴ La enmienda nº 12 en el Senado propone: *Son principios básicos que informan el ordenamiento jurídico los de publicidad y jerarquía normativa; de legalidad, de irretroactividad de las normas*

se tuvo en cuenta y el texto definitivo contiene la expresión “*no favorables*” cambiando en el Senado “*normas*” por “*disposiciones*”.⁴⁶⁵

El texto final se llevó a la Comisión Mixta Congreso-Senado y fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes.⁴⁶⁶ Tres principios formaron parte de la redacción inicial, para ser excluidos, durante el iter parlamentario: *irretroactividad de normas fiscales*, *irretroactividad de normas restrictivas de derechos sociales* y *exclusión de la doble sanción por los mismos hechos*.

El Tribunal Constitucional, ha argumentado, la imposibilidad de avance del Ordenamiento Jurídico en caso de imponer la irretroactividad de normas fiscales.⁴⁶⁷

1.2.2 DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES

La redacción final del artículo 9.3 y en concreto la expresión “*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras*”, no sólo debe circunscribirse al Derecho Penal, en el que tal principio se reconoce desde la formulación del aforismo “*nulla poena sine lege*”, sino que debe llegar más lejos y abarcar también la sanción civil, como reacción

sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; de seguridad jurídica y de responsabilidad de los poderes públicos” La justificación: Hay hechos en los que la Constitución se fundamenta y otros que son fundamentados por la Constitución. Los principios de publicidad, jerarquía normativa, de legalidad, etc., no son principios previos a la Constitución que ésta reconoce, es la Constitución la que los consagra. En algunos textos del Anteproyecto de Constitución el principio de legalidad no quedaba acogido lo que demuestra que dichos principios tienen su fundamento en la Constitución. Diario de Sesiones del Senado nº 42 de 23 de agosto de 1978. Sesión nº 4 Pág. 1734.

⁴⁶⁵ Fue aprobado, por el Pleno del Senado en Comisión Constitucional de 9 de octubre de 1978 por 163 votos a favor y una abstención. En Boletín Oficial de las Cortes nº 161 de 13 de octubre de 1978 Pág. 3560.

⁴⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes nº 170 de 28 de octubre de 1978, en el que apareció, finalmente el texto vigente “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. El 31 de octubre de 1978 fue aprobado por las Cortes y sometido a referéndum.

⁴⁶⁷ STC 126/1987 de 16 de julio. Pleno. Ponente: Gloria Begué Cantón. Fundamento de Derecho nº 9 A) *No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva. La prohibición que el art. 9.3 CE establece tan sólo para las disposiciones sancionadoras no favorables y para las restrictivas de derechos individuales se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el Informe de la Ponencia pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimar que la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal. Por otra parte, no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental*”.

al Ordenamiento Jurídico, contra el incumplimiento de una norma imperativa y la sanción administrativa, que puede ser cuasi-penal o cuasi-civil.⁴⁶⁸

Parte de la doctrina opina, *a sensu contrario*, que puede deducirse del precepto mencionado, la retroactividad de disposiciones sancionadoras favorables, posición apoyada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.⁴⁶⁹ Así, STC 8/1981 de 30 de marzo “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, puede entenderse en el sentido de que la Constitución garantiza la retroactividad de las leyes penales favorables, principio recogido en el artículo 24 del CP que resulta reforzado con la promulgación del art. 9.3 CE.*”⁴⁷⁰

Para VILLAR PALASI/SUÑE LLINAS, la razón de la irretroactividad de las *disposiciones sancionadoras* se encuentra en que sólo pueden existir derechos adquiridos y seguridad jurídica, cuando las leyes no puedan alterar situaciones jurídicas establecidas (garantizado en el precepto descrito). Reclama, una irretroactividad absoluta, por aplicación lógica, en cuanto la retroactividad de disposiciones sancionadoras no reporta ventajas y sin embargo contraría gravemente el principio de seguridad jurídica, sin permitir, la de grado mínimo, porque también está presente, la seguridad jurídica, en toda su plenitud.⁴⁷¹

GARRIDO FALLA, explica que la Constitución cuando habla de “*disposiciones*” incluye todo tipo de normas jurídicas, desde Leyes Orgánicas hasta disposiciones reglamentarias. Este precepto debe interpretarse literalmente y en conexión con el artículo 25 de la Constitución, según el cual “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no*

⁴⁶⁸ Vid. VILLAR PALASI, JL/SUÑE LLINAS, E., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 563. También VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática General*” Ob. Cit. Pág. 22.

⁴⁶⁹ Vid. GARRIDO FALLA, F., En “*Comentarios a la Constitución*”. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 179. El Tribunal Constitucional apoya esta tesis en STC 8/1981 de 30 de marzo. Sala Segunda. Ponente: Francisco Tomás y Valiente. Fundamento de Derecho Tercero; STC 15/1981 de 7 de mayo. Sala Segunda. Ponente: Plácido Fernández Viagas. Fundamento de Derecho Séptimo, entre otras.

⁴⁷⁰ Vid. STC 8/1981 de 30 de marzo. Sala Segunda. Ponente Francisco Tomás y Valiente. Fundamento de Derecho Tercero; STC 8/1982 de 4 de marzo. Pleno. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra. Fundamento de Derecho Tercero: “*el límite de la retroactividad in peius de las leyes no es general, sino limitado a las leyes ex post facto sancionadoras o las restrictivas de derechos individuales*”.

⁴⁷¹ Cfr. VILLAR PALASI, JL/SUÑE LLINAS, E., Sólo pueden existir derechos adquiridos y por tanto seguridad jurídica, cuando las leyes no pueden alterar situaciones jurídicas ya establecidas. La retroactividad de las leyes tiene la ventaja de hacer posible el progreso, puesto que en gran número de ocasiones no le cabría al Derecho cumplir con su misión de motor de transformación de la realidad social, si no pudiera alterar situaciones jurídicas ya existentes. Piénsese como ejemplo a la legislación desamortizadora, iniciada en 1811. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 563 y ss.

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.⁴⁷²

Entiende DÍAZ AZNARTE la irretroactividad de “*normas sancionadoras no favorables*” y “*disposiciones sancionadoras no favorables*” como un todo; existe una relación género-especie; *las disposiciones sancionadoras no favorables*, constituirán una clase o grupo de normas comprendidas dentro del amplio género de *disposiciones restrictivas de derechos individuales*.⁴⁷³

La aplicación retroactiva de leyes se centra en supuestos, donde la nueva norma es aplicada a hechos o actos que han consumado sus efectos, o a situaciones jurídicas agotadas cuando la norma entra en vigor. Son normas *ex post facto* en las que cabe hablar de retroactividad auténtica. Situación distinta es la norma dictada *pro futuro* que regula de modo distinto la legislación anterior, son situaciones jurídicas nacidas al amparo de ésta, pero no agotadas o extinguidas. En estos casos la retroactividad es impropia o de grado mínimo y no está vetada por el artículo 9.3, aunque la nueva Ley comporte consecuencias desfavorables para los interesados.⁴⁷⁴

La doctrina, diferencia entre *relaciones jurídicas dinámicas*, (aquellas que no se agotan en una consecuencia, sino que dan lugar a una conducta -obligaciones de tracto sucesivo-) donde la nueva Ley aplicable regula la parte de conducta que ocurre con posterioridad a su vigencia y *relaciones jurídicas estáticas*, aquellas que, se agotan en una consecuencia. En el primer caso no se puede hablar de *retroactividad*, cuando la nueva Ley se impone a hechos, de situaciones pasadas, posteriores a su promulgación. Sin embargo se habla de retroactividad cuando la Ley es aplicada a la parte de conducta

⁴⁷² Cfr. GARRIDO FALLA, F/ TOLOMAR OLMEDA, A/LOSADA GONZÁLEZ, H., Pensar que se trata de una restricción impuesta a la potestad reglamentaria del Gobierno o de la Administración es introducir un distinguo que ni la literalidad del precepto permite, ni es congruente con lo dispuesto en el propio artículo 9.1, que vincula a la Constitución a todos los poderes públicos. En “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Parte General. Volumen II. Decimoquinta Edición. 2010. Pág. 251.

⁴⁷³ Cfr. DÍAZ AZNARTE, MT., Optar por esta equiparación, implica decantarse por un concepto amplio de sanción, superador de concepciones penalistas o administrativistas. En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 54 y ss.

⁴⁷⁴ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., Este tipo de retroactividad resulta prohibida por el artículo 9.3 CE, cuando se trata de normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (STC 126/1987 de 16 de julio. Pleno. Ponente: Gloria Begué Cantón. Fundamento de Derecho nº 9 A), STC 173/1996 de 31 de octubre. Pleno. Ponente. Fernando García-Mon Fundamento de Derecho tercero; STC 182/1997 de 28 de octubre. Pleno Ponente Álvaro Rodríguez Bereijo. Fundamento de Derecho decimotercero C); 116/2009 de 18 de mayo. Sala Primera. Ponente Pablo Pérez Tremps. Fundamento de Derecho Cuarto; Por el contrario no existe derecho a que la regulación de las relaciones jurídicas de tracto sucesivo se mantengan indefinidamente. En “*Derecho Administrativo*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 140 y ss.

que se desarrolló vigente la Ley anterior. En las relaciones estáticas, la Ley abarca hechos surgidos de relaciones anteriores sin que exista retroactividad.⁴⁷⁵

El Tribunal Constitucional mantiene posturas contradictorias sobre la prohibición de retroactividad, reconocida en el artículo 9.3, pues en ocasiones alude a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, al amparo de una norma anteriormente vigente, que no afecta a efectos pendientes, futuros, o a expectativas y en otras ocasiones rehúye cualquier intento de aprender la huida teoría de los derechos adquiridos.⁴⁷⁶

Desde el ámbito Penal, en opinión de GARCÍA-PABLOS, la retroactividad “*no genuina o impropia*”, retroactividad “*mínima o media*” o “*retrospección*”, afecta también, negativamente a situaciones nacidas al amparo de la legislación anterior, es decir, no a los efectos consolidados o agotados de aquellas, sino a los nacidos o que se pretendan hacer valer en el futuro, una vez en vigor la reforma. Piénsese en la DT única de la Ley Orgánica 7/2003, que afectó retroactivamente a expectativas, de la población reclusa, aplicando una retroactividad débil, desfavorable para el reo, en todo caso. La posición mantenida por el Tribunal Constitucional tiene difícil encuadre, dentro del Derecho Penal.⁴⁷⁷

1.2.3 DISPOSICIONES RESTRICTIVAS DE DERECHOS

La expresión “*no favorables o restrictivas de derechos individuales*” contenida en el artículo 9.3 CE ha sido equiparada por el Tribunal Constitucional a la idea de sanción, encontrando límite a éste precepto en las barreras introducidas en el ámbito de

⁴⁷⁵ Vid. VILLAR PALASI, JL/SUÑE LIÑA, E., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 564 y ss.

⁴⁷⁶ Vid. STC 27/1981 de 20 de julio. Pleno. Ponente Plácido Fernández Vargas. Fundamento de Derecho Décimo; STC 227/1988 de 29 de noviembre. Pleno Ponente: Jesús Leguina Villa. Fundamento de Derecho Noveno.; 97/1990 de 24 de mayo. Pleno. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundamento Jurídico Cuarto.

⁴⁷⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La Disposición Transitoria única de la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, supone una excepción al principio de irretroactividad de ley penal en perjuicio del reo, al exigir el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, suprimiendo beneficios penitenciarios no consolidados por la población reclusa, (siendo expectativas de futuro). En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 887 y ss.; No existe duda sobre el carácter de norma sancionadora desfavorable al reo, de esta disposición transitoria, por el efecto discriminatorio de la reforma respecto a ciertos delincuentes (terroristas y organizaciones criminales) para la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional.

los derechos fundamentales y libertades públicas.⁴⁷⁸ El mismo Tribunal ha interpretado esta expresión en relación a derechos fundamentales y libertades públicas del Título I de la Constitución o en la esfera general de protección de la persona.⁴⁷⁹

Para GARRIDO FALLA, los problemas se encuentran en relación a *derechos adquiridos y expectativas de derechos*, por los peculiares matices, que presentan, pues entiende que cualquier derecho adquirido cede ante leyes que establecen límites para el futuro, salvo los derechos y libertades fundamentales.⁴⁸⁰

En opinión de GAYA SICILIA, es garantía constitucional, pero no de manera absoluta, sino referida exclusivamente a una clase de normas comprendidas dentro de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, del ámbito de derecho penal y administrativo, siendo excluidas, de esta expresión, las disposiciones que establecen sanciones civiles.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Así STC 42/86 de 10 de abril. Pleno. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Fundamento de Derecho Tercero “*De hecho, la expresión «restricción de derechos individuales» del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona*”; STC 27/1981 de 20 de julio. Pleno. Ponente Plácido Fernández Viagas. Fundamento de Derecho Décimo “*el Art. 9.3 en todo o en parte alude a los derechos fundamentales del Título I*” El principio de irretroactividad del artículo 9.3, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”; STS 97/1990 de 24 de mayo. Pleno. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundamento de Derecho Cuarto. Posteriormente se ha ido consolidado por la jurisprudencia constitucional, que tal concepto abarca a los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, si bien particularmente a los artículos 15 a 29.

⁴⁷⁹ Vid. STC 104/2000 de 13 de abril. Pleno. Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Fundamento de Derecho Sexto: “*El límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Ello hace inviable la invocación de esta norma para afirmar el respeto debido a unas situaciones jurídicas que, si hubieran de identificarse como pretensiones tuteladas por la norma en cuestión, no tendría otros titulares que los entes públicos (en idénticos términos, STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 11*”

⁴⁸⁰ Cfr. GARRIDO FALLA, F/ TOLOMAR OLMEDA, A/ LOSADA GONZÁLEZ, H., Hay cierta confusión entre la retroactividad de la ley y la teoría de los derechos adquiridos. Todos los derechos adquiridos, salvo los derechos y libertades fundamentales ceden ante una ley que los limites para el futuro. Por tanto el problema de las leyes restrictivas no es sólo el de su irretroactividad, sino el de si las restricciones generan sacrificios que dan lugar a indemnización (salvo los supuestos del artículo 9.3). En “*Tratado de Derecho Administrativo*” Parte General. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 252.; VILLAR PALASI, JL/SUÑE LLINAS, E., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 563; VERDERA IZQUIERDO, B., La expresión “*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” se refiere a una clase de normas en una relación género-especie. En “*La Irretroactividad: Problemática general*”. Ob. Cit. Pág. 23.

⁴⁸¹ Vid. GAYA SICILIA, R., En “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 326.; VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática General*” Ob. Cit. Pág. 21. STC 120/1994 de 25 de abril. Sala Primera. Ponente Rafael de Mendizábal Allende, Fundamento de Derecho Segundo “*El círculo se cierra con la identidad material de infracción administrativa y delito que, predicada tanto por el Tribunal Supremo [Sentencia de 9 de febrero de 1972 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otro contexto (Sentencia de 8 de junio de 1976, caso Engel), fue elevada al máximo rango por el art. 25 de la Constitución Española que, a su vez, ha dado*

El derecho adquirido tiene sustantividad propia y existe o no con independencia de que una norma jurídica lo respete o anule. Por ello los derechos adquiridos (salvo los del art. 9.3 CE) no impiden la aplicación de la norma, sino que plantean el problema de si su sacrificio genera derecho a indemnización.⁴⁸²

El Tribunal Constitucional en STC 112/2006 de 5 de abril realiza una compilación de su trayectoria interpretativa, respecto al principio de irretroactividad “*La irretroactividad absoluta conduciría a situaciones estáticas dentro del ordenamiento jurídico, sin posibilidad de avance, contrarias al ordenamiento jurídico y al artículo 9.2 CE. No debe suponer, la irretroactividad, imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos, sino sólo referido al ámbito de derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a derechos consolidados de esos derechos fundamentales y libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas. De lo que se deduce que una norma es retroactiva cuando incide sobre “relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas”*”.⁴⁸³

La doctrina critica la posición mantenida por el Constitucional al entender que genera dudas en torno a la determinación del contenido concreto del artículo 9.3, a nivel teórico y en su aplicación práctica a supuestos específicos.⁴⁸⁴

El término “*disposiciones*” resulta más amplio que el de “*leyes*”, utilizada por el artículo 2.3 del Código Civil e incluso más que la expresión “*legislación vigente*” citada en art. 25.1 CE.⁴⁸⁵

lugar a la caudalosa corriente doctrinal de este Tribunal Constitucional en tal sector a partir de nuestra STC 18/1981, como se dice en otra, la 138/1992”.

⁴⁸² Cfr. FIORE, P., No parece sostenible que pueda ser considerado como derecho adquirido por un delincuente el no poder ser sometido a otras penas que aquellas fijadas y establecidas por la ley vigente en el momento en que fue cometido el delito, porque siempre que con arreglo a los principios de justicia el legislador pueda castigar al delincuente con la pena más severa fijada por ley posterior este derecho no podría ser destruido por la consideración de proteger los intereses del delincuente. En “*De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*”. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almoguera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. Ob. Cit. Pág. 362; Diferente es cuando en Derecho privado alguien adquiere un bien y posteriormente una ley establece que los requisitos de adquisición no cumplen determinadas normas, caso en que puede proceder una indemnización.

⁴⁸³ Vid. STC 112/2006 de 5 de abril. Pleno. Ponente: Pablo Pérez Tremps. Fundamento Jurídico Decimoséptimo.

⁴⁸⁴ Cfr. MARRERO GARCÍA-ROJO, A., La doctrina del Tribunal Constitucional no ha dejado de plantear dudas sobre la determinación del contenido concreto del artículo 9.3. En “*Comentarios a la Constitución española de 1978: XXX Aniversario*”. Directores CASAS BAAMONDE, ME/RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, BRAVO FERRER, M., Edita Fundación Wolters Kluwer 2008. Pág. 156 y ss.

Existe un principio general de irretroactividad de reglamentos, que se deduce del artículo 2.3 CC y del 57.3 LRJAPAC que, otorga de manera excepcional eficacia retroactiva a actos de la Administración cuando son dictados en sustitución de otros anulados o son favorables al interesado.⁴⁸⁵

La determinación de la Ley más favorable implica un cálculo sobre las consecuencias legales no exento de dificultades. Es necesaria una comparación de penas “*in concreto*”. Debe ser minucioso ya que puede repercutir en la determinación de la Ley favorable, cualquier modificación del catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.⁴⁸⁷

La DT 1ª de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, exige en los apartados 2º y 3º “2. *Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su*

⁴⁸⁵ Vid. GAYA SICILIA, R., En “*El principio de retroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 326.

⁴⁸⁶ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., El Art. 57.1 y 3 de la LRJAP “*Los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y asimismo cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas*” En “*Derecho Administrativo*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 14.

El Tribunal Supremo insiste en la prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos. Así STS de 26 de febrero de 1999. Sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente Rafael Fernández Montalvo. Fundamento de Derecho Cuarto “*El citado artículo 2.3 del Código Civil contiene una norma de aplicación subsidiaria, disponiendo la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario, el artículo 9.3 CE eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y, en fin, el artículo 62.2 LRJAPAC establece la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos*”; STS de 21 de abril de 2005. Sala Contencioso Administrativo. Ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. Fundamento de Derecho Segundo A) *El Art. 9.3 de la Constitución no prohíbe la retroactividad general de las normas legales, sino exclusivamente de aquellas que tienen un carácter sancionador o restrictivo de derechos individuales, posibilitando el efecto retroactivo de las normas reglamentarias.*

Forman parte también del término *disposiciones*, según VILLAR PALASI, los reglamentos isomórficos que junto con la ley que desarrollan, completan y precisan su mandato, incluso se aplican a hechos anteriores y posteriores a su vigencia y forman un todo normativo unitario para su aplicación conjunta, que conlleva a su aplicación retroactiva si la ley tiene ese efecto.⁴⁸⁶ Conforme al artículo 9.3, hay que eliminar la retroactividad del reglamento cuando el desarrollo de la ley que éste efectúa, comporte una precisión incrementadora de sanciones en ella previstas o de los límites a los derechos individuales que aquella concreta, porque esta situación conllevaría la aplicación retroactiva de leyes que no tiene carácter orgánico y que limitan derechos fundamentales y libertades públicas. En “*Comentario a la Constitución Española de 1978*”. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil Tomo I. (Artículos 1 a 9). Ob. Cit. Pág. 562 y ss.

⁴⁸⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Parece obvio que en orden a la revisión de sentencias firmes, el cálculo comparativo sobre las consecuencias jurídicas para determinar la ley más favorable al reo, ha de tener en cuenta la duración de las penas y el régimen de cumplimiento. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, tendencias y fundamentos de Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 905 y ss.

redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo”.

En la doctrina se han mantenido tesis contrarias sobre el trámite de audiencia. Así en opinión de GARCÍA-PABLOS, la facultad de elegir la ley favorable no deviene de la concesión de audiencia al reo. El Tribunal carece de datos sobre la valoración subjetiva y situacional que hace el reo de las opciones penológicas y por voluntad legal, tiene sentido que se oiga su opinión personal.⁴⁸⁸

1.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Este artículo quedó redactado, tras varias modificaciones en trámite parlamentario, con el siguiente texto “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento*”. Es manifestación de la regla “*tempus regit actum*”, configura el principio de legalidad como derecho fundamental del ciudadano y condiciona la imposición del castigo a la existencia de una ley previa a la comisión de hechos típicos. Va dirigido al intérprete porque la incidencia se produce en aplicación de la Ley. Es insuficiente para comprender la trascendencia de prohibición de retroactividad en materia penal (sólo incluye la garantía criminal), por ello debe ser considerado junto a otros preceptos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Quien decide es el Juez o Tribunal, el reo sólo ha de ser oído, en virtud de un trámite previo a la decisión judicial, no siendo vinculante. Aunque las leyes retroactivas son las favorables al reo y por ello el juzgador ha de ponderar las circunstancias concretas del penado. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias*” Vol. II. Ob. Cit. Pág. 906 y ss. En este sentido MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 144.

⁴⁸⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN, M., Este precepto prohíbe la aplicación retroactiva de normas que definen conductas punibles, por ello el alcance real del principio de irretroactividad se establece a partir del contenido constitucional del principio de legalidad y su concreción en preceptos de rango inferior contenidos en el Código Penal. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 140.; RUIZ ANTÓN, LF., En “*El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 6. Ob. Cit. Pág. 150 y ss.; MIR PUIG, S., La garantía penal única que impide la agravación de la pena con posterioridad a la comisión del delito resulta comprendida dentro de la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que establece el art. 9.3 CE. En “*Derecho Penal*”. PG Ob. Cit. Pág. 108 y ss.; BOIX REIG, J., En “*El principio de Legalidad en la Constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la Semana del Derecho penal en memoria del profesor Julián Pereda. Organizada por el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ob. Cit. Pág. 10 y ss.

Su emplazamiento sistemático, dentro de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución española, le hace acreedor de rango superior, de protección privilegiada otorgada por el artículo 53 del mismo texto, consistente en la posibilidad de hacer uso, en caso de vulneración del mismo, ante los Tribunales ordinarios de un procedimiento de preferencia y sumariedad, junto a la interposición del amparo ante el Tribunal Constitucional.

También concreta el contenido de los arts. 9.3 CE y 3 CC.⁴⁹⁰

1.3.1 ITER PARLAMENTARIO

El inicio del precepto tiene su origen en el artículo 24.3 del Anteproyecto de Constitución.⁴⁹¹ No mereció, en el Congreso, gran número de enmiendas y las planteadas iban dirigidas, a su eliminación, por repetición de contenidos con el art. 9.1 y 9.3 CE.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Vid. FRIGOL I BRINES, E., En *“Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. Ob Cit. Pág. 261 y ss. En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 482 y ss.

⁴⁹¹ El texto original contenido en el artículo 24.3 disponía: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquél momento, tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción*” BOC nº 44 de 05 de enero de 1978. Pág. 673.

⁴⁹² La Enmienda 476 del grupo Mixto, en el 24.3 añade *“la responsabilidad penal es personal”*; 4. *Nadie podrá ser condenado ni sancionado sino en virtud de ley anterior al delito o infracción, ni podrá imponerse ninguna sanción equivalente a las establecidas en las leyes penales, sino en virtud de ley previa y mediante resolución firme de los Jueces y Tribunales*; 5. *No obstante lo dispuesto en los dos números anteriores, las leyes penales y sancionadoras que favorezcan al sancionado tendrán efectos retroactivos con el alcance que dicha legislación determine*; 6. *No podrá ejecutarse pena o sanción alguna en forma distinta a la establecida por la ley*; 7. *El régimen penitenciario excluirá el principio retributivo de la pena, siendo su finalidad la de reeducación y reinserción social, debiendo salvaguardarse los derechos garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se ven expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena. En ningún caso podrá imponerse la pena de trabajos forzados*; 8. *El Estado atenderá las necesidades familiares de los que, en consecuencia de un fallo condenatorio se vean privados de libertad*. La motivación propuesta: Estimamos que debe recogerse expresamente el principio de legalidad en materia sancionadora, así como el de garantía constitucional en la materia. Se consagra asimismo el principio de personalidad de la responsabilidad penal y se regula de manera más completa el sistema de garantías en la misma. Recogemos, por otra parte, la tendencia doctrinal progresista de exclusión del carácter retributivo de la pena y excluimos los efectos desfavorables que la misma implica en la familia del delincuente.; Vid. GAYA SICILIA, R., En *“El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional”*. Ob. Cit. Pág. 93.

Por su parte, el Grupo Vasco, en la enmienda 603, solicitaba añadir en este precepto, el derecho de audiencia al reo, en caso de leyes penales de distinta naturaleza, para elegir, el condenado cual era la pena más favorable. Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En *“Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”* Ob. Cit. Pág. 257.

En el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sobre el artículo 24, la intervención del Sr. López Rodó, versó su exposición en la supresión del párrafo 3, de manera completa, por reiteración con lo establecido en el artículo 9.3 del texto constitucional. El párrafo 3 fue sometido a votación y aprobado por mayoría, manteniendo su vigencia. No hubo debate en el Pleno del Congreso y pasó a tramitación en el Senado.⁴⁹³

Destacan, en el Senado, la enmienda número 1 interpuesta por Martín-Retortillo y la número 22 por Progresistas y Socialistas Independientes.⁴⁹⁴ Martín-Retortillo defendió su enmienda y justificó la supresión de la expresión “*Ordenamiento Jurídico*”.⁴⁹⁵ El Pleno del Senado aprobó el texto sin debate alguno, y en el dictamen del Senado formaba parte del artículo 25 en su párrafo primero.

⁴⁹³ *In voce* sugirió suprimir del apartado 3 la frase “*Tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción*” y solicitó concreción y brevedad en los apartados, para evitar largas explicaciones farragosas. La intervención de Roca Junyent apoyó la modificación realizada por el Sr. López Rodó, pero ésta no contó con el apoyo de Peces Barba, quien alegó que se trataba del principio de legalidad penal. En Diario de Sesiones del Congreso nº 71. Sesión nº 10 de 22 de mayo de 1978. Pág. 2576 y ss. Fue aprobado por 34 votos a favor y ninguno en contra, con dos abstenciones. BOC nº 121 de 1 de agosto de 1978. Pág. 2595 y ss. El precepto 24.3, quedó redactado: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento vigente en aquel momento.*

⁴⁹⁴ El texto propuesto por Martín Retortillo era: “*Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito según la ley*”. La justificación realizada se resume: 1. Conviene consagrar el principio de legalidad en el sentido más estricto. La alusión al ordenamiento jurídico aconsejable para otras regulaciones, sería aquí más perturbadora, pues cualquier reglamento administrativo podría entrar a definir el ámbito de lo delictivo. Sólo la norma superior, la ley, debe ser aludida. 2. Es suficiente con mencionar solo el delito, pues ya se interpreta que ahí quedan englobadas, otras figuras, como las faltas. Esa idea se refuerza aludiendo a que nadie puede ser sancionado, formula amplia que cubre las variadas posibilidades. 3. Parece razonable no aludir a las infracciones administrativas para no constitucionalizarlas. Se trata de una de las facetas más criticables de estos últimos años. No por omitirse la mención, queda desarmada la Administración pública. La constitucionalización hace ya irreversible el actual proceso tan degenerado. GAYA SICILIA, R., En “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 98.

La enmienda nº 11 propone una nueva redacción del artículo 24.3: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa con arreglo a la ley*” La justificación: Se postula el cambio de la expresión “*ordenamiento jurídico vigente en aquel momento*” por “*con arreglo a la ley*”. Dos son los fines a que la enmienda se orienta: suprimir la reiteración de la expresión “*en el momento*” y expresar que ninguna infracción administrativa podrá imponerse en virtud de norma con rango inferior a la ley.

⁴⁹⁵ Expone Martín-Retortillo: “*solo será delito aquello que establezca la ley*” y no aquello que establezca el ordenamiento jurídico, porque es bien sabido que el ordenamiento jurídico, no son sólo leyes, no es sólo la Constitución, sino que lo constituyen también los reglamentos, los decretos, las órdenes administrativas. Si se establece la regla de que los delitos o las penas o las figuras jurídicas quedan al arbitrio del ordenamiento jurídico, estamos abriendo la puerta a que no sólo sanciones administrativas, sino delitos puedan ser configurados por un decreto, por un reglamento o por una orden ministerial” El Sr. Vida Soria del Grupo Socialista apoyó la enmienda de Martín-Retortillo y formuló in voce otra enmienda sin dejar, de referirse a las infracciones administrativas. “*Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la ley vigente en aquel momento*” En Diario de Sesiones del Senado nº 44 de 25 de agosto de 1978. Pág. 1895 y ss.

La Comisión Mixta Congreso-Senado sustituyó la palabra “Ley” por “legislación”, desvirtuando el contenido de la enmienda de Martín-Retortillo.⁴⁹⁶

1.3.2 RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

La doctrina mayoritaria ha puesto de manifiesto, que el artículo 25.1 CE, ha sido poco explícito en cuanto a las garantías que se derivan del mismo y no ha consagrado de forma satisfactoria la correcta formulación clásica del principio de legalidad criminal, a través de su formulación “*nullum crimen sine praevia lege, nullum crimen sine poena legali*” que exige “*lex scripta, lex praevia, lex certa y lex stricta*” por suscitar diferentes problemas de interpretación.⁴⁹⁷ El Tribunal Constitucional en STC 8/1981 sitúa la legalidad penal en este artículo, admitiendo que el derecho a la legalidad es derecho subjetivo de carácter fundamental que posibilita su control a través del amparo constitucional.⁴⁹⁸

Consecuencia del principio de legalidad es la exclusión, como fuente directa de Derecho Penal, de toda norma que no sea escrita, evitando que la costumbre o los

⁴⁹⁶ Vid. GAYA SICIALIA, R., En “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Ob. Cit. Pág. 100.

⁴⁹⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Editorial Edersa. Pág. 128 y ss.; CERESO MIR, S., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 108 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 483; BOIX REIG, J., *Lex scripta*, exige que las normas se materialicen a través de texto legales escritos. El legislador expresa con palabras el hecho y así debe ser conocido por sus destinatarios. *Lex praevia*, exige que la ley escrita deba ser anterior al hecho concreto que se sanciona. En “*El principio de Legalidad en la Constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto. Ob. Cit. Pág. 10; ÁLVAREZ FEIJOO, M., Para que exista seguridad jurídica deben determinarse previamente qué conductas constituyen delitos y qué penas son aplicables a esos ilícitos penales. *Lex certa*, exige que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado y si bien no siempre será posible esa precisión taxativa, si es necesario en estos casos establecer criterios que permitan a jueces y tribunales llevar a cabo la tarea de integración de esos elementos normativos imprecisos o indeterminados con garantía de los principios de legitimidad y seguridad. En “*Código Penal con jurisprudencia*”. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Ob. Cit. 25 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., En “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 72.

⁴⁹⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla. (STC 52/2003 de 17 de marzo). También en STC 34/1996 de 11 de marzo, establece: “...este principio de legalidad funciona con su más estricta acepción en el ámbito del ius puniendi del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, identificadas materialmente por la Jurisprudencia propia y la europea con un diseño que sume implícitamente nuestra Constitución (art. 25.1) cuyo texto roza el laconismo pero con un contenido que va más allá de sus palabras, como ha puesto de relieve nuestra doctrina desde un principio y a lo largo de los años” En “*El Principio de Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 115 y ss

principios generales del Derechos puedan ser fuentes creadoras de delitos, penas o agravación en el ámbito penal.⁴⁹⁹

Las garantías contenidas en el principio de legalidad se reconducen a:

Garantía criminal y penal, articulada en tres consecuencias:

A.- *La reserva absoluta de ley en materia penal*, es uno de los problemas de mayor trascendencia que plantea la redacción dada al principio de legalidad en el texto constitucional.⁵⁰⁰

Para COBO DEL ROSAL, la formulación del principio común al ámbito penal y administrativo puede suscitar problemas, al omitir la reserva de ley penal que formalmente comporta este principio.⁵⁰¹ Tampoco puede derivarse del término “*legislación vigente*” del artículo 25.1 CE.⁵⁰² La exigencia del rango que ha de tener la Ley penal, debe, por tanto deducirse a través de un proceso interpretativo del mismo.⁵⁰³

⁴⁹⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La doctrina criticó la figura del *delito continuado* que aplicó la jurisprudencia sin cobertura legal, al no haber nacido de la ley, siendo una construcción jurídica utilizada procedente del foro. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 770.; QUINTERO OLIVARES, G., En “*Manual de Derecho Penal*”. PG. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 74.; DE VICENTE MARTINEZ, R., La reserva de Ley hace referencia a la preeminencia de la Ley en relación a todos los otros actos jurídicos de cualquier poder público, incluido el judicial, contribuye a la garantía de libertad individual limitando las posibilidades de un ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado. En “*El principio de legalidad penal*”. Ob. Cit. Pág. 39

⁵⁰⁰ Vid. DE VICENTE MARTINEZ, R., La reserva de Ley surgió en Alemania en la época de la monarquía constitucional, debido a la subsistencia del principio monárquico, lo que implicaba la necesidad de alcanzar un compromiso y equilibrio entre Gobierno monárquico y la representación popular, plasmada en la burguesía. El concepto “*reserva de ley*” fue acuñado por Otto Mayer, quién lo desarrolló inicialmente. En “*El principio de legalidad penal*”. Ob. Cit. Pág. 38.

⁵⁰¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNANDEZ, M., En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. Pág. 194 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., La formulación del principio de legalidad está contemplado de forma parcial en el artículo 25.1CE y su manifestación en toda su extensión debe buscarse en otros preceptos constitucionales. En “*Manual de Derecho Penal*”. PG. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 73.1; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El TC en ST 26/1994 de 27 de enero. FJ 5 señala “*aunque la costumbre sea fuente del Derecho privado, no puede nunca integrar una norma sancionadora, pues el constituyente, al utilizar el término “legislación vigente” del artículo 25.1 de acuerdo con la primigenia función política del principio de legalidad, tan solo ha legitimado a los representantes del pueblo, esto es a las Cortes Generales, para predeterminar las conductas antijurídicas que deben hacerse acreedoras de cualesquiera manifestaciones del ius puniendi del Estado y ello, sin perjuicio, de que las cláusulas generales abiertas de determinadas normas sancionadoras puedan ser integradas a través de la potestad reglamentaria*”. En “*El Principio a la Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 118 y ss.

⁵⁰² Vid. QUINTERO OLIVARES, G., El sentido que suele darse a dicho término es más amplio que el sentido estricto de ley y ha sido extendido por nuestro legislador al ámbito del Derecho Administrativo sancionador. En “*Manual de Derecho Penal*”. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 73 y ss.

⁵⁰³ Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DIEZ, M., Dicho proceso interpretativo podría haberse evitado si hubiese existido una clara afirmación del mismo. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 129 y ss. También GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 484; BOIX REIG, J., En “*El principio de legalidad en la constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana

Existen tres criterios doctrinales en torno a la polémica sobre la reserva de Ley:

1.-Quienes entienden que en materia penal, la reserva es en todo caso *Ley Orgánica*, a partir de lo dispuesto en el artículo 81.1 CE. Entre ellos, COBO DEL ROSAL, pone en relación, el art. 25.1 que no prevé la reserva de Ley en materia penal, con el artículo 81.1 de la Constitución y define *Ley Orgánica* como la relativa al “*desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*” siendo el contenido de los delitos, penas, peligrosidad criminal y medidas de seguridad, objeto de esos derechos fundamentales y requieren *reserva absoluta de Ley Orgánica*.⁵⁰⁴

2.- Un segundo grupo considera que en determinados casos se puede hablar de una reserva de *Ley ordinaria* por tratarse de materias que afecten a derechos no sujetos a Ley Orgánica, (artículos 30 a 38 CE), en base a la interpretación del artículo 53.1,

de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto. Ob. Cit. Pág.13.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Afirma el TC la reserva de ley en STC 8/1981 de 30 de marzo. FJ3 y 4, la fundamentación de esta reserva de ley la expresa el TC en ST 83/1984 de 24 de julio, FJ 4. Tras muchas sentencias contradictorias, en cuanto al rango que debe tener la Ley, a partir de las SSTC 140/1986 y 160/1986, el Tribunal Constitucional reclama que para que las leyes penales impliquen privación o restricción del algún derecho fundamental se hallan sujetas a la reserva sustancial y absoluta de Ley orgánica establecida en el artículo 81.1CE y el rango de Ley Orgánica queda reducido a las leyes que establezcan penas o medidas de seguridad privativas de libertad. En “*El Principio de Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 126 y ss.

⁵⁰⁴ La Constitución española de 1978, cit. artículo 81.1 “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*” Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., Este artículo se refiere sólo al desarrollo, pero parece evidente que toda teoría sobre el desarrollo de un derecho constitucional no sea más que la teoría acerca de su limitación. El techo máximo de expansión de un derecho fundamental o de una libertad pública lo ofrece la propia CE y el llamado desarrollo no es más que el proceso a través del cual convive, no absolutamente sino limitadamente, con los demás derechos fundamentales y libertades públicas. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 130.; También MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Es necesaria una reserva absoluta de Ley Orgánica, a través del artículo 53.1 CE que establece “*solo por ley*” y en relación con el artículo 81.1 CE podrá regularse el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades contenidas en el Capítulo II del Título I de CE, de manera que las leyes que prevén penas privativas de libertad y supongan el desarrollo de algún derecho fundamental, aunque no se deduce directamente del art. 25.1 gozan de mayor protección que el resto de derechos y libertades. Para este autor, la discusión determina que una ley penal no desarrolla un derecho fundamental porque lo proteja, como bien jurídico, sino porque imponga una pena cuya aplicación suponga la restricción de un derecho fundamental y por tanto afecte a su ejercicio. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 103 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En el supuesto de que la disposición penal contemple la pena de multa, también debe ser *Ley Orgánica*, pues aunque el patrimonio no figure entre los derechos de la Sección I, Capítulo II del Título I CE, su impago puede conllevar consigo el arresto sustitutorio. También la pena privativa *del derecho a residir en determinados lugares* porque ésta pena limita el derecho a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19.1); la pena de *inhabilitación especial* para el derecho de sufragio pasivo; la pena de *inhabilitación absoluta* que afecta al derecho de participación en la vida pública (art. 23.1 CE), así como la pena de *inhabilitación y suspensión para cargos públicos* que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2). En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 774 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., En “*El Derecho a la legalidad penal*”. Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario. Directores María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer. Madrid 2008. Pág. 734.

acudiendo caso por caso a la determinación del artículo 81.1 para poder concluir las materias que se reservan a Ley Orgánica y a Ley ordinaria. En este grupo se posiciona CEREZO MIR para quien a efectos de aplicación del principio de legalidad están incluidas, todas las leyes en sentido formal, aunque no tengan carácter Orgánico.⁵⁰⁵

3.- Y un tercer grupo, prácticamente inexistente, lo forman aquellos que no entienden necesaria la calificación de *Ley Orgánica*, para la formulación de delitos y penas y consideran procedente, incluso, la vía del *Decreto-ley* aunque el artículo 86.1 CE prohíbe esta posibilidad.⁵⁰⁶ (Al hilo de lo expuesto, tan sólo la ley 1/1991 de 7 de enero, que modifica el art. 22 del CP, lo hace a través de Ley ordinaria, en el sentido de ampliar la responsabilidad civil subsidiaria a empresas, por delitos y faltas cometidos por sus empleados y a titulares de Centros docentes, no superiores, por delitos y faltas cometidos por sus alumnos. Sin embargo las reformas sufridas por el vigente CP se han realizado a través de Ley Orgánica).⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Vid. CEREZO MIR, J., Sólo aquellas leyes penales, que por el bien jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas reguladas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, tendrán que tener carácter de ley orgánica. Una ley penal que no tutele como bien jurídico, uno de esos derechos fundamentales y libertades públicas, podría tener carácter de ley ordinaria. En *“Curso de Derecho Penal Español”*. Parte General I. Introducción. Ob. Cit. Pág. 187 y ss.; El Tribunal Constitucional acogió esta tesis en Sentencia 25/1984 de 23 de febrero. Pleno. Ponente: Antonio Truyol Serra. Fundamento de Derecho Tercero *“El art. 25.1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y, como hemos visto, se refiere a la exigencia de que nadie pueda ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo. La «legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta» de Ley. Ahora bien, que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de la Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales», un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar”*.

⁵⁰⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., A favor de la tesis que se sustenta en el texto, se halla en primer lugar la ausencia de una taxativa declaración constitucional, pero además la precisión de hacer frente a cambios sociales y económicos que no pueden ni deben esperar el delicado procedimiento que implican, no ya las leyes orgánicas, sino las leyes ordinarias. En tiempo de creciente inflación en que las cuantías de las fronteras entre delitos y faltas y penas de multa quedan obsoletos, también sería inviable. En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 181.; Cfr. BOIX REIG, J., El artículo 86.1 CE excluye claramente tal posibilidad, *“En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, regulados en el Título I”*. En *“El principio de legalidad en la constitución”*. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto Ob. Cit. Pág. 14.

⁵⁰⁷ Ley 1/1991 de 7 de enero. BOE nº 7 de 8 de enero de 1991.; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El problema de si la ley penal ha de ser o no orgánica se plantea con la entrada en vigor de la CE de 1978 y respecto a las leyes penales o modificaciones posteriores a ésta. En el sistema anterior ni estaba prohibida la utilización del Decreto-ley en materia penal, si bien la Constitución no ha derogado la legislación anterior que no revistiese el carácter de ley orgánica, sino sólo que se “opusieran” a ella por razón de su materia. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 773.

Las posturas primera y segunda toman el mismo punto de partida, al entender que los tipos penales afectan a derechos fundamentales. La encuadrada en el primer grupo, argumenta que el derecho al honor resulta siempre afectado por el delito y la pena grave y por tanto del artículo 81.1 se desprende que la totalidad de normas incriminatorias están sometidas a la reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica. La segunda postura, mantiene que no toda pena afecta al derecho fundamental al honor, por llevar implícito un juicio desvalorativo ético-social y en ocasiones conductas irrelevantes, desde el punto de vista de la ética social, constituyen delito, pero suponen infracción grave del orden político o económico, por simple cuestión de oportunismo.⁵⁰⁸ Para QUINTERO OLIVARES, si aceptamos que toda sanción penal supone la lesión de un derecho fundamental, se debe admitir como consecuencia lógica que toda la materia penal deberá ser regulada por vía de *Ley Orgánica*, como impone el art. 81.1 CE.⁵⁰⁹

La garantía formal del principio de legalidad contenida en el artículo 25.1 a través de la expresión “*legislación vigente*” (término amplio y genérico), se refiere a conductas constitutivas de delito, falta o infracción administrativa y a cualquier disposición normativa, leyes estatales, orgánicas, ordinarias, decretos legislativos e incluso órdenes ministeriales y bandos municipales, en definitiva, desde la de mayor rango hasta la de menor.⁵¹⁰

El Tribunal Constitucional, deja constancia a través de sus sentencias, que el derecho fundamental enunciado en éste precepto, incorpora la regla “*nullum crimen*

⁵⁰⁸ Cfr. CEREZO MIR, S., El legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir el castigo como delito de conductas cuya relevancia ético-social o cultural sea escasa. La pena ha de ser considerada defensa del orden social y sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica, por el carácter subsidiario del Derecho Penal. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 21.

⁵⁰⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., En “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 74.

⁵¹⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DIEZ, M., Como se deriva del estudio del proceso de elaboración y discusión parlamentaria del presente artículo la utilización de la expresión “*legislación vigente*” se encuentra inspirada en el deseo de que también la Administración, quede sujeta al principio de irretroactividad y en general a las garantías penales. Con ello se consigue homogeneizar el derecho penal y el derecho administrativo, sometiéndolos a un principio que debe ser comúnmente aceptado. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 129 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Este término ha sido introducido deliberadamente para extender la garantía al ámbito administrativo y reclama una interpretación correctiva que ha asumido el Tribunal Constitucional. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 483.; BOIX REIG, J., Los constituyentes, pretendieron ampliar al derecho sancionador, en general, las garantías propias del principio de legalidad en materia penal. Sin duda dicha pretensión tiene un cierto efecto distorsionador, pues en ella no se precisa con exactitud el rango de la norma previa que establece los delitos y las penas. En “*El principio de Legalidad en la Constitución*”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto. Ob. Cit. Pág. 11 y ss.

nulla poena sine lege” y desdobra las exigencias de la garantía criminal del principio de legalidad penal (ley previa, escrita, cierta y estricta) en garantía material y formal para mostrar analogías y diferencias entre los ámbitos sancionador administrativo y penal. Exige Ley Orgánica para normas penales que establezcan penas privativas de libertad.⁵¹¹ Para este Tribunal la palabra “*disposiciones*” del artículo 25.1 supone una reserva de Ley en materia penal.⁵¹² La fórmula “*legislación vigente*” alude a “*norma de adecuado rango*” que el propio Constitucional ha identificado como Ley en sentido formal.⁵¹³

⁵¹¹ Cfr. STC 42/1987 de 7 de abril. Sala Segunda. Ponente; Ángel Latorre Segura. Fundamento de Derecho Segundo; 3/1988 de 21 de enero. Pleno. Ponente: Luis López Guerra. Fundamento de Derecho Cuarto; 101/1988 de 8 de junio. Sala Segunda. Ponente: Carlos de la Vega Benayas. Fundamento de Derecho Tercero; y 118/1992 de 16 de septiembre. Pleno. Ponente: Luis López Guerra. Fundamento de Derecho Segundo. “*Con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa), y, por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: Exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas). Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del art. 25.1 C.E. no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 C.E., respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En efecto, el derecho a la libertad y seguridad consagrado en el art. 17.1 de la C.E. incluye todas las garantías previstas en otros preceptos constitucionales (arts. 25.1, 53.1 y 2, y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho.*” En este sentido Vid. YUSTE CASTILLEJO, A., En “*Principales Innovaciones en materia de ejecución de penas*” Trabajo de investigación. Inédito. Tutor Fernando Santa Cecilia García. Universidad Complutense. Madrid. Doctorado 2006-2007. Ob. Cit. Pág. 28.

⁵¹² Cfr. STC 120/1994 de 25 de abril. Pleno. Ponente Rafael de Mendizábal Allende. Fundamento de Derecho Tercero. “*En efecto, hemos dicho ya que la palabra «legislación», utilizada en el art. 25.1 de la Constitución, configura una auténtica reserva de ley en esta materia, intensificada en algún aspecto hasta alzarse al rango orgánico para establecer penas privativas de libertad (SSTC 77/1983 y 2/1987).*”

⁵¹³ Vid. STC 24/1996 de 13 de febrero. Sala Primera. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo. Fundamento Jurídico Segundo: “*El principio de legalidad comprende una doble garantía: la primera de orden material y alcance absoluto, referido tanto al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que, permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa), aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango, y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos de legislación vigente del art. 25.1 C.E.*” Mas gráficamente, en el ATC 324/1984 concluimos que “*el art. 25 de la Constitución puede ser violado por una condena penal sin cobertura en la legislación vigente, por ausencia de descripción legal, cuando se establecen o aplican tipos en los que está ausente la taxatividad necesaria para el respeto a la garantía criminal que comporta, por la extensión típica “in malam partem” o por aplicación retroactiva de la Ley penal tipificadora*”. En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, R., En “*El Principio de legalidad Penal*” Ob. Cit. Pág. 124 y ss.; También GIMENO SENDRA, V., En “*Los Principios de Legalidad y Non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional*” Diario La Ley. Año XXVIII. N. 6735. Pág. 1.

En opinión de GARCÍA-PABLOS, la reserva de *Ley Orgánica*, otorga a la Ley penal un plus de legitimación social y consolida el Ordenamiento Jurídico, al ser necesaria para su aprobación, modificación o derogación un *quórum* cualificado, que conlleva un especial consenso social, evitando modificaciones arbitrarias de leyes al servicio de posiciones políticas.⁵¹⁴

Confirma POLAINO NAVARRETE, que en Derecho penal, la exigencia de Ley Orgánica, se requiere siempre en casos que afecten al desarrollo de derechos fundamentales del individuo, como los supuestos en que se crean delitos y se conminan con penas o medidas de seguridad.⁵¹⁵

B.- Taxatividad de los tipos penales. El respeto al principio de legalidad exige, que la descripción de la conducta típica en la Ley, sea clara, concreta y cierta, evite términos ambiguos, confusos o equívocos que impidan un conocimiento cierto y seguro de lo prohibido y destierre la arbitrariedad del viejo régimen.⁵¹⁶ Rechaza la inseguridad y se convierte en límite a la actividad judicial, prohibiendo al juez penal, actuar al mismo tiempo, como legislador y juez.⁵¹⁷ No consta expresamente recogido en el texto constitucional, pero se puede derivar del presente precepto, en cuanto señala *la necesidad de que las acciones u omisiones sean constitutivas de delito para que puedan ser condenadas penalmente*, lo que implica un contenido sustancial del principio de seguridad jurídica.⁵¹⁸ El mandato de taxatividad recae sobre el legislador a quien se le

⁵¹⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.”* Vol. II. Ob. Cit. Pág. 777.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El principio de taxatividad constituye un aspecto fundamental del principio de legalidad y es la manera con la que se puede satisfacer, de un lado, la exigencia de que todo ciudadano conozca con claridad lo que está penalmente prohibido y de otro el principio democrático que quiere que sea el poder legislativo quien decida qué conductas merecen una sanción jurídico penal, porque sólo él, posee legitimidad directa para adoptar tales decisiones. En *“El principio de legalidad penal”* Ob. Cit. Pág. 38

⁵¹⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, M., En *“Lecciones de Derecho Penal”*. Parte General. Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid 2013. Pág. 128.

⁵¹⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 478.

⁵¹⁷ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., En *“Delito de Daños. Evolución y Dogmática. Artículo 263 Código Penal”*. Ob. Cit. Pág. 216 y ss.

⁵¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., El legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas. Resulta imposible que la ley enumere todas las formas posibles de aparición de una situación. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 106; COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., En *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 129 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. I Ob. Cit. Pág. 484; BOIX REIG, J., En *“El principio de Legalidad en la Constitución”*. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda en la Universidad de Deusto. Ob. Cit. Pág. 9; VALENCIA MARTÍN, G., En *“El Derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo”*. Comentarios a la Constitución Española de 1978. XXX Aniversario. Directores

exige promulgar leyes precisas y comprensibles para delimitar el contenido del tipo, reduciendo al mínimo la discrecionalidad del intérprete. También está dirigido al Juez a quienes se les prescribe aplicar únicamente estas leyes.⁵¹⁹

Se ha dado paso, ante la falta de reconocimiento constitucional expreso, a una praxis tolerante y permisiva en cuanto a exigencias de tipicidad y proscripción de analogía en la Jurisprudencia constitucional.⁵²⁰ El Tribunal Constitucional ha matizado su alcance en los últimos años, en STC 151/1997, dejando constancia que el imperativo de certeza que comporta el principio de legalidad, se exige con intensidad en el ámbito de la garantía criminal.⁵²¹

CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRIGUEZ-PIÑEIRO BRAVO-FERRER, Miguel. Edita Fundación Wolters Kluwer. Edición 2008. Ob. Cit. Pág. 749.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., En *“El Principio de Legalidad Penal”* Ob. Cit. Pág. 129 y ss.

⁵¹⁹ En resolución de 28 de julio de 2005, el Ministerio de la Presidencia, muestra las directrices de técnica normativa para lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de disposiciones. Su objetivo es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación y advierte que deben ser utilizadas con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal de disposiciones transitorias correspondientes. Las directrices, incluirán, exclusivamente y por este orden los preceptos siguientes: A) los que establezcan una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición. B) Los que declaren la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua para regular las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. C) Los que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la nueva norma para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. D) Los que, para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma, declaren la pervivencia o ultraactividad de la antigua para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva disposición. E) Los que, para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma, regulen de manera autónoma o provisional situaciones jurídicas situaciones jurídicas que se produzcan después de su entrada en vigor. No pueden considerarse disposiciones transitorias las siguientes: las que se limiten a diferir la aplicación de determinados preceptos de la norma, sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo y las que dejen de tener eficacia cuando se aplican una sola vez. (Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por la que se acuerdan las directrices de técnica normativa. BOE nº 180 de 29 de julio de 2005. Pág. 26878-26890.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., En *“El principio de legalidad penal”* Ob. Cit. Pág. 42

⁵²⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El Tribunal Constitucional ha exigido del legislador, hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada, referido a las exigencias de tipicidad de las infracciones legales. STC 62/1982 de 15 de octubre. Sala Primera. Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant. Fundamento de Derecho séptimo C) En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. I Ob. Cit. Pág. 483.

⁵²¹ Cfr. STC 151/1997 de 29 de septiembre. Sala Segunda. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento de Derecho Tercero: *el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de ley certa, praevia, scripta et stricta, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.*; En este sentido SANTA CECILIA GARCÍA, F., En el ámbito de la garantía criminal se rechaza sin reservas, que el ámbito de lo prohibido o de las agravaciones de la pena se determine a través de cláusulas generales vagas o de difícil concreción, sin embargo en el ámbito de la garantía penal por razones de prevención especial y siempre que no se perjudique al reo, se admite una relativa indeterminación. En *“Delito de Daños. Evolución y Dogmática. Artículo 263 Código Penal”*. Ob. Cit. Pág. 218.

La expresión “*acciones y omisiones*”, garantía constitucional del Derecho penal del hecho implica más certeza jurídica para reforzar el principio de legalidad. La condena o sanción del hecho se produce por la realización de una conducta activa u omisiva y a través de límites mínimos y máximos.⁵²²

COBO DEL ROSAL, afirma la constitucionalidad de la garantía penal a través de una correcta exégesis del precepto, porque la condena o sanción debe proceder de la realización de una conducta constitutiva de delito, falta o infracción administrativa, según legislación vigente en aquél momento, que determine la pena o sanción a imponer.⁵²³ (Ha sido reconocida en el Código Penal).⁵²⁴

C.- Irretroactividad de la ley penal. Se reconoce en éste artículo en aspecto criminal y sancionador, de manera reiterada, cuando señala “*en el momento de producirse*” y “*según legislación vigente*”, cumpliendo la exigencia de la normativa penal aplicable a un supuesto de hecho.⁵²⁵ También implica la prohibición de imponer penas que hayan sido previstas con anterioridad y es objeto de pronunciamiento en el artículo 25. 1 CE.⁵²⁶

⁵²² Vid. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 206.; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., Una de las características del moderno Derecho Penal es que estamos ante un Derecho Penal del hecho, lo que juzga son conductas concretas y precisas llevadas a cabo por el imputado y no sus personales inclinaciones. En este sentido la aceptación de marcos penales excesivamente amplios pone en peligro este planteamiento, al facilitar elevadas dosis de subjetivación judicial, que predispone a tomar una decisión en base a “la manera de ser” del sujeto y no a las particulares conductas llevadas a cabo. En “*Sobre el Principio de Legalidad*”. Ob. Cit. Pág. 34

⁵²³ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., “*Nadie puede ser condenado o sancionado*”, significa que la protección que dicho precepto dispensa a los derechos y libertades lo es en función de una condena o sanción. Si a esto unimos que la condena o sanción debe proceder de la realización de una conducta constitutiva de delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquél momento, se afirma que en el momento de su realización la legislación vigente establecía una pena o sanción para la misma, lo que se avala con la reserva de ley orgánica existente en esta materia y la irretroactividad de la ley penal en su aspecto sancionador (art. 9.3 y 25.1 CE). En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 133 y ss.

⁵²⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., El concepto de delito o falta queda delimitado en el art. 10 del CP. En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 211.

⁵²⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., La repetición también aparece en el artículo 9.3 del texto constitucional en el que garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables. En “*Manual de Derecho Penal*”. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 75.

⁵²⁶ Goza también goza de reconocimiento expreso en los artículos 2.1 y 4 del CP. El Código Penal de 1995, cit. artículo 2 “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad*”. En este caso el precepto admite la retroactividad de leyes en aquellos casos en que se beneficie al reo, que también es manifestación del principio de legalidad. Debe ser contemplado en relación con el art. 4.2 CP.

El Código Penal de 1995, cit. artículo 4 “*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. En caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime*

Garantía jurisdiccional, exige que sean los Tribunales de Justicia competentes quienes dicten sentencias e impongan sanciones (exigencia del principio de legalidad, derivada de los artículos 24 y 117.3 CE y que aparece reconocida en art. 3.1 del CP).⁵²⁷

El término *condenado* requiere una pena, consecuencia de un procedimiento judicial, donde la Administración encuentra límites al enjuiciamiento de determinadas conductas (competencia directamente de los Tribunales) ante la imposibilidad de injerencia, en materias propias del Poder Judicial, que tiene atribuidas, en exclusiva, facultades para enjuiciar materias de índole penal, derivada de la necesaria defensa de derechos y libertades fundamentales e inevitablemente de la división de poderes.⁵²⁸

Consecuencia de esta garantía, el principio “*ne bis in idem*” prohíbe sancionar doblemente por la misma conducta e impide una doble sanción penal y administrativa por los mismos hechos, así como también prohíbe intervenciones prioritarias de la Administración que paralicen actuaciones judiciales, en relación con conductas constitutivas de delito o faltas y de sanciones administrativas de carácter pecuniario, que en ocasiones se equiparan a auténticas penas.⁵²⁹

No es posible la aplicación conjunta de dos sanciones penales a un mismo hecho.⁵³⁰ En cambio se puede hablar, con MUÑOZ CONDE, de una relación de sujeción especial entre el sancionado y la Administración, cuando sobre un mismo

digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

⁵²⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., El legislador ha sido cuidadoso al configurar esta garantía en el artículo 24 CE en su párrafo segundo, que se complementa con el artículo 117.3. Quedando prohibidos los Tribunales de excepción en el art. 117. En “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 78.

Dispone el artículo 24.2 CE: “*Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*”. El artículo 117.3 CE dispone “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*” El artículo 3.1 CP reconoce: “*No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*”.

⁵²⁸ La Constitución española de 1978, cit. artículo 25.3 “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad*” En este sentido se pronuncian COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 212.

⁵²⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN M., Existen situaciones que son constitutivas de delito y a la vez, pueden considerarse definidas como infracciones administrativas o disciplinarias por las que puede imponerse la correspondiente sanción, como el quebrantamiento de condena del condenado que puede castigarse además de por el artículo 468 CP, como infracción del reglamento penitenciario. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 109 y ss.; También COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 135.

⁵³⁰ Vid. MATA DE FRANCISCO, J., En “*Ne bis in idem y Seguridad Jurídica*”. Tesis doctoral. Inédita. Dirección de Fernando Santa Cecilia García. Madrid 2009. Pág. 109 y ss.

hecho concurren pena y sanción administrativa.⁵³¹ Si la Administración impusiera sanciones, en principio, previstas sólo para delitos, estaríamos ante una vulneración sustancial del principio de legalidad.⁵³² Aunque no consta reconocido en el texto constitucional la jurisprudencia ha delimitado su alcance y contenido, para englobarlo junto a los principios de legalidad y tipicidad.⁵³³

Garantía de ejecución derivada del principio de legalidad, determina que el cumplimiento de penas se lleve a cabo con total sumisión a lo establecido en la ley. Cualquier elusión de garantías jurídicas del condenado en ejecución o cumplimiento de una pena, podría suponer la vulneración del principio de legalidad.⁵³⁴ La restricción de derechos constitucionales es rechazable en cuanto al *quantum, modo o forma* de cumplimiento de pena, aunque la ejecución no puede agravar derechos restringidos por la pena o sanción, ni la Administración puede decidir sobre modos de ejecución que desvirtúen el contenido de las penas impuestas por los Tribunales.⁵³⁵

⁵³¹ Vid. MUÑOZ CONDE F/GARCÍA ARÁN, M., Los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos pueden recibir la pena establecida en el CP y también la sanción disciplinaria propia de su condición de funcionario, sin que esto infrinja el “*ne bis in idem*” En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 110.

⁵³² Cfr. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., La Administración ordinaria no debe estar facultada para imponer sanciones que, por su naturaleza o entidad, sean de carácter estrictamente penal. En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 215.

⁵³³ Cfr. JIMÉNEZ MOSTAZO, A/RODRÍGUEZ ALVARADO, P., Entre otras STC 2/1981 de 30 de enero. Sala Primera. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo. Fundamento de Derecho Cuarto. “*El principio “ne bis in idem” supone no recaiga duplicidad de sanciones administrativas y penales en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento*”; STC 77/1983 de 3 de octubre. Sala Segunda. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Fundamento de Derecho Segundo “*Existen límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanarían del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.*”; STC 159/1985 de 27 de noviembre. Sala Segunda. Ponente: Francisco Rubio Llorente. Fundamento de Derecho Tercero que impide que se sancione reiteradamente la misma conducta al entrañar una inadmisibles reiteración en el ámbito del “*ius puniendi*” del Estado y una contradicción con el principio a la presunción de inocencia. En “*Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III): Formulación constitucional*”. Anuario de la Facultad de Derecho. Volumen XXIII, 2005. Pág. 351 y ss.

⁵³⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., La Administración ordinaria no debe estar facultada para imponer sanciones que, por su naturaleza o entidad, sean de carácter estrictamente penal. En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 216.; QUINTERO OLIVARES, G., Se encuentra ampliamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico, en Constitución, Código Penal y Ley General Penitenciaria. En “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 77.

⁵³⁵ Vid. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., La ejecución no puede gravar en mayor medida los derechos restringidos por la pena o sanción, ni establecer criterios, contrarios a los que informan la seguridad jurídica, ni la Administración decidir sobre modos de ejecución que desvirtúen el contenido de penas impuestas por los Tribunales. Para ello es necesaria una normativa penitenciaria que se adapte a los postulados del Estado de Derecho que inspiran nuestra CE. En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 216 y ss.

No está reconocida, expresamente, en el texto constitucional, pero el artículo 25.2 se refiere, manera indirecta, *al cumplimiento de penas privativas de libertad* y se ha pretendido deducir, de este precepto, la garantía de ejecución.⁵³⁶ (Goza de reconocimiento expreso en el artículo 3.2 CP).⁵³⁷

Especialmente cuidadosa es su regulación en la Ley General Penitenciaria, donde quedan garantizados derechos de reclusos, el respecto a la dignidad humana y a sus derechos e intereses jurídicos, junto a la interdicción expresa de los malos tratos de palabra y obra.⁵³⁸

1.3.3 ESTADOS PELIGROSOS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Los estados peligrosos y medidas de seguridad, cuya efectiva previsión y aplicación se rige por las mismas garantías inherentes al principio de legalidad, adolecen, en cuanto a su formulación en el texto constitucional, de dos defectos: el primero es la dificultad para respetar las garantías que reclama el principio “*nullum crimen*” por la naturaleza de las consecuencias jurídicas y por las características del presupuesto al que se refieren, al no tener su fundamento en el hecho concreto, sino en un *estado de peligrosidad del sujeto*. En base a ese estado *de peligrosidad* se establecen, por razones de prevención especial, medidas de seguridad, sin certeza sobre el tiempo de duración de la medida, al estar orientadas al futuro, resultando complicada su tipificación al tratarse de un estado y no de un hecho concreto; el segundo defecto del

⁵³⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La garantía *penal* y de *ejecución* no cuentan con un reconocimiento inequívoco en la Constitución. Cabe entender que el art. 25.2 CE segundo inciso se proclama una tímida e indirecta declaración referida a las penas y medidas privativas de libertad. Pero ni este precepto constitucional, ni los que proclaman la reserva de ley aseguran la plena vigencia de la garantía de ejecución, ya que no cierran el paso al necesario desarrollo reglamentario de tan trascendental materia, que debería ser exigida mediante ley orgánica. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 483 y ss.; Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 135 y ss.

⁵³⁷ El Código Penal de 1995, cit. artículo 3.2 “*Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes*”.

⁵³⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., En “*Manual de Derecho Penal*”. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 77 y ss.

que adolecen, es la necesidad de trazar límites fijos, a pesar de la dificultad que esto entraña.⁵³⁹

Las medidas de seguridad predelictuales han sido declaradas inconstitucionales por la doctrina, por vulneración del principio de presunción de inocencia.⁵⁴⁰ Las postdelictuales previstas en el Código Penal -artículo 6- tienen su fundamento *en la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*. El Código Penal señala límites, para acotar su ámbito de aplicación, basado en el art. 6 CP, hace extensivas las garantías penales a las medidas de seguridad (artículos 1, 2, 3 y 6 CP) y establece criterios de necesidad y proporcionalidad para la imposición de la mismas.⁵⁴¹

La retroactividad favorable abarca también a las medidas de seguridad, que pueden ser revisadas, posteriormente, por ley más benigna.⁵⁴² Se trata de consecuencias jurídicas que restringen derechos, desde que son obstáculo a las libertades públicas, de quienes se encuentran en estado de peligrosidad.

La omisión constitucional del término *estado peligroso* no es óbice para encontrar límites al derecho penal preventivo, sujeto a las declaraciones generales que le afectan por materia y estructura. Mantiene la reserva de Ley y la irretroactividad de leyes que modifican medidas y alcanzan a la peligrosidad social o criminal, tildando dicha omisión de dificultad conciliable con la Constitución.⁵⁴³

1.3.4 DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La diferencia entre ilícito penal y administrativo se encuentra en la sanción predispuesta para cada uno de ellos. Es penal, sí el Ordenamiento Jurídico asocia como

⁵³⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 522 y ss.

⁵⁴⁰ Cfr. LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., El legislador ha optado por erradicar las medidas de seguridad predelictuales y en virtud de ello exige que el sujeto al que se le vaya a imponer una medida haya cometido un hecho previsto como delito. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 538.

⁵⁴¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 523.; CEREZO MIR, S., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 38 y ss.

⁵⁴² Vid. POLAINO NAVARRETE, M., En “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 168.

⁵⁴³ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M., Esta omisión pone de manifiesto lo difícilmente conciliable que es su estructuración jurídica con una Constitución que manifiesta y desea asumir el principio de legalidad y estar asentada en el Estado de Derecho. En “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 208.

consecuencia, una pena criminal y es administrativo sí impone una sanción administrativa. Puede determinarse esa diferencia, también, en relación al tipo de órgano a cuyo conocimiento se atribuye, así será administrativa la infracción impuesta por la Administración y será penal la impuesta por los órganos del poder judicial.⁵⁴⁴

La regla general de irretroactividad, en relación a la sucesión de leyes en el tiempo, extiende sus efectos al Derecho Administrativo, regido por la regla “*tempus regit actum*”. El principio de legalidad, reconoce, la irretroactividad de ley sancionadora salvo cuando sea más favorable, con el mismo alcance que para delitos y penas.⁵⁴⁵

La reserva de Ley reconocida en el artículo 25.1, desprende reserva de Ley en el ámbito sancionador administrativo, cuando se refiere a “*legislación vigente*”. Para infracciones y sanciones administrativas es de Ley ordinaria, salvo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª del capítulo 2 del título I CE, que deberá ser Ley Orgánica.⁵⁴⁶ Puede ser completada, por disposiciones del Gobierno con rango de Ley, siempre que se den los presupuestos habilitantes. Admite colaboración reglamentaria, pero están excluidos los reglamentos independientes y habilitaciones “*vacías de todo contenido material propio*”.⁵⁴⁷

La jurisprudencia constitucional sintetiza el contenido del principio de legalidad, en el ámbito del derecho sancionador estatal, y reclama la existencia de ley *scripta, previa, certa y stricta* en su doble contenido material (predeterminación normativa de conductas ilícitas y las sanciones correspondientes) y formal (exigencia de que las leyes penales sean promulgadas con un determinado rango).⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ Vid. SERRANO ALBERCA, JM., En “*Comentarios a la Constitución*”. Director Fernando Garrido Falla. Editorial Civitas. Tercera Edición ampliada. Madrid 2001. Pág. 585.

⁵⁴⁵ Vid. SERRANO ALBERCA, JM., En “*Comentarios a la Constitución*”. Director Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 587.; Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E/ FERNÁNDEZ T.R La retroactividad se califica de excepcional, para proteger a los particulares de posibles intromisiones de la Administración en sus esferas privativas y agravar situaciones actuando hacia el pasado. En “*Curso de Derecho Administrativo I*” Ob. Cit. Pág. 98.

⁵⁴⁶ Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN. TS., La afectación a derechos fundamentales, viene dada por la lesión al honor, que no deriva de exigencias del propio ordenamiento jurídico, sino de valoraciones sociales, que corresponde comprobar al legislador. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Artículos 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 66.

⁵⁴⁷ Vid. VALENCIA MARTÍN, G., En “*El Derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*”. Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Directores María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero. Ob. Cit. Pág. 750 y ss.

⁵⁴⁸ Cfr. STC 26/1994 de 27 de enero. Sala Primera. Ponente: Vicente Gimeno Sendra. Fundamento de Derecho Cuarto “*Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado y que en consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración, encuentra en el art. 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal*”.

1.4 PRINCIPIO GENERAL DE RETROACTIVIDAD DE LEYES FAVORABLES AL REO

El principio general de irretroactividad de “*disposiciones sancionadoras*” consagrado en el párrafo primero del art. 25 CE, deja al margen el reconocimiento constitucional de retroactividad de leyes penales favorables al reo.⁵⁴⁹

Existe, no obstante, un principio general de retroactividad de la Ley penal favorable, conforme al cual, puede aplicarse retroactivamente una Ley posterior a un hecho anterior, si la nueva Ley es más benigna que la que regía al momento de comisión del hecho delictivo y conforme a la que fue juzgado. En este momento la nueva Ley tiene *vigencia retroactiva, por ser más favorable al reo*, con capacidad para regular un hecho del pasado, existiendo así dos principios, el de irretroactividad de ley penal y el de retroactividad de ley penal favorable al reo.⁵⁵⁰

La redacción dada al precepto constitucional 9.3 entendida a “*contrario sensu*” supone que el resto de las normas, puedan tener carácter retroactivo y la perfecta constitucionalidad de los preceptos penales que admitan retroactividad de leyes penales más favorables.⁵⁵¹ En este sentido, el TC determina, que la retroactividad es contraria a

⁵⁴⁹ Vid. STS 99/2000 de 10 de abril. Sala Segunda. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas. Fundamento de Derecho Quinto: “*La jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE (SSTC 14/1981 de 29 de abril, F. 7; 68/1982, de 13 de mayo, F. 3; 122/1983, de 26 de octubre, F. 2; 51/1985, de 10 de abril, F. 7; 131/1986, de 29 de octubre, F. 2; 196/1991, de 17 de octubre, F. 3; 38/1994, de 17 de enero y 177/1994, de 10 de junio, F. 1). Si en el ámbito del Derecho penal «stricto sensu», en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley.*”

⁵⁵⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo no es una excepción, sino una regla general que versa sobre un objeto distinto –*las leyes favorables al reo*– compatible con el mandato constitucional. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 899; POLAINO NAVARRETE, M., En “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 167.

⁵⁵¹ Vid. STC 8/1981 de 30 de marzo. Sala Segunda. Ponente. Francisco Tomás y Valiente. Fundamento de Derecho Tercero “*El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3*”; Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., El legislador goza de un elevado margen de discrecionalidad a la hora de decidir la orientación de la nueva normativa, siempre y cuando se mueva en los contornos marcados por los principios constitucionales. En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 53.

la constitución sólo cuando afecte a disposiciones sancionadoras que restrinjan derechos individuales.⁵⁵²

La prohibición constitucional de otorgar efectos retroactivos a leyes desfavorables, contenido en el art. 9.3 CE *-irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales-* y el mandato penal que confiere estos efectos *a leyes favorables al reo*, del art. 2.2 CP *-tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena-* son principios compatibles y no antagónicos. El primero tiene *rango constitucional* por sus implicaciones garantistas y va dirigido a leyes desfavorables al reo. El segundo es un principio de *legalidad ordinaria*, que opera exclusivamente respecto a leyes favorables al reo.⁵⁵³

La concurrencia de ambos preceptos constitucionales -arts. 9.3 y 25.1 CE- en la regulación de una misma materia, la irretroactividad, para muchos autores es garantía adicional, si bien el Tribunal Constitucional determina, como se ha advertido que del artículo 25.1, en exclusiva, no puede derivarse la existencia de un derecho fundamental a la retroactividad de las leyes penales.⁵⁵⁴

1.5 DERECHO COMPARADO

El precedente codificador del artículo 9.3 de la Constitución se limita al reconocimiento de cada principio de manera independiente, legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no existiendo un precepto como éste en textos anteriores, de nuestra historia constitucional.

⁵⁵² Vid. STC 27/1981 de 20 de julio. Pleno. Ponente Plácido Fernández Viagas Fundamento de Derecho Décimo. “*La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del artículo 2.3. del Código Civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales*”.

⁵⁵³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 899 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., En “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 167 y ss.

⁵⁵⁴ Vid. STC 8/1981 de 30 de marzo. Sala Segunda. Ponente Francisco Tomás y Valiente. Fundamento de Derecho Tercero. Vid. DIAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*”. Ob. Cit. Pág. 51.

Tampoco Italia, Alemania o Francia ofrecen preceptos semejantes, en sus textos constitucionales, aunque reconocen el principio de irretroactividad de leyes.⁵⁵⁵

Desde el inicio codificador, la irretroactividad ha quedado plasmada en importantes textos legales, como la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 8). Posteriormente, en el siglo XX textos de alcance universal o regional sobre la materia incluyen este principio, como ejemplo en Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11.2), Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (art. 7.1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, (art. 15.1) y Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica (art. 9).⁵⁵⁶

Algunas constituciones incluyen en su articulado el principio de irretroactividad de leyes penales, como México, Italia, República Federal de Alemania, Suecia y Portugal.⁵⁵⁷ Incluso en países de órbita comunista, como Bulgaria y Cuba y países pertenecientes al Tercer Mundo, caso de Guinea Ecuatorial.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Vid. GARRIDO FALLA, F., En “*Comentarios a la Constitución*”. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 169.

⁵⁵⁶ Vid. CUERZA RIEZU, AR., En “*La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario”. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Ob. Cit. Pág. 277 y ss.

⁵⁵⁷ Constitución de México, de 5 de febrero de 1917, cit. artículo. 14.1 “*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*”; Constitución de la República Italiana, de 27 de diciembre de 1947 artículo 25 párrafo segundo: “*Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de que haya sido cometido el hecho que se pretende castigar.*”; Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, cit. artículo 103 II “*Un acto sólo podrá ser penado si el delito estaba establecido por ley antes de cometerse el acto.*”; Instrumento de Gobierno de Suecia, de 28 de febrero de 1974, Capítulo 8 (“De las leyes y otras disposiciones”), cit. artículo 1.3 “*Ninguna ley ni otra clase de disposición podrá implicar que se puede infligir pena o incoar procedimiento criminal por acción alguna para la que no esté previsto dicho procedimiento en el momento de cometerse aquélla ni que se pueda imponer por dicha acción una pena más rigurosa que la ya prescrita legalmente. Lo dispuesto en este punto acerca del procedimiento criminal será aplicable asimismo a la confirmación o a cualquier otra consecuencia legal del delito*”; Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, cit. artículo 29 “*1. Nadie podrá ser condenado por lo penal sino en virtud de ley anterior que declare punible la acción o la omisión, ni sufrir medida alguna de seguridad privativa de libertad cuyos supuestos no estén fijados por ley anterior. 2. Lo dispuesto en el número anterior no será óbice para que se castigue, dentro de los límites de las leyes internas, toda acción u omisión que en el momento de cometerse sea considerada delictiva según los principios generales de derecho internacional comúnmente reconocidos. 3. No se podrán aplicar penas o medidas de seguridad privativas de libertad que no estén expresamente previstas en una ley anterior. 4. Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que está prevista en el momento de la conducta que la motive [...].*”

⁵⁵⁸ Constitución de Bulgaria, de 18 de mayo de 1971, cit. artículo 136.2 “*La ley que incrimina un acto determinado o que eleva la responsabilidad penal, no tiene efecto retroactivo.*” Constitución de Cuba de 24 de febrero de 1976, cit. artículo 58 “*Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establezcan.*”; Constitución de Guinea Ecuatorial de 29 de julio de 1973, cit. artículo 31 “*Nadie podrá ser*

La recepción del principio de retroactividad favorable al reo, en textos internacionales sobre derechos humanos se produce más tardíamente, en concreto en la segunda mitad del siglo XX. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo acoge en artículo 15.1, junto a la garantía de legalidad penal como excepción a la regla general de irretroactividad. En idénticos términos y también en conexión con el principio de legalidad penal se pronuncia el art. 9 del Pacto de San José.⁵⁵⁹

Pocas Constituciones, reconocen el principio de retroactividad de leyes penales en beneficio del reo, y las que lo hacen fueron promulgadas en los años setenta. La de Portugal de 1976 lo prevé incidentalmente en el art. 29.4. También la de Cuba, del mismo año, lo contempla en el artículo 60.⁵⁶⁰

1.5.1 DERECHO FRANCÉS

Al igual que el Ordenamiento Jurídico español, el francés pertenece al sistema románico-occidental, dada la primacía del Derecho escrito sobre el Derecho jurisprudencial y consuetudinario.

La Constitución vigente desde 1958 es norma fundamental. El control constitucional es ejercido por el Consejo Constitucional, con carácter previo o preventivo, pero no disponen de una vía para la protección de derechos fundamentales, como el recurso de amparo, ni una función similar a la cuestión de inconstitucionalidad española. La revisión de la constitucionalidad de normas por el Consejo Constitucional puede encomendarse de oficio, en caso de Leyes Orgánicas y reglamentos y por el Presidente de la República, primer ministro, presidente de la Asamblea Nacional, Presidente del Senado o por sesenta diputados o senadores.

detenido o preso ni condenado sino por autoridad competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establezcan”.

⁵⁵⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cit. artículo 15.1 “*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*”

⁵⁶⁰ La Constitución de Portugal de 1976, cit. artículo 29.4 Constitución de Portugal “*Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que está prevista en el momento de la conducta que la motive, aplicándose retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable al imputado*”. La Constitución de Cuba de 1976, cit. artículo 60 “*Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado*” Vid. CUERDA RIEZU, AR., En “*La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario”. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Ob. Cit. Pág. 278.

La jurisprudencia de los Tribunales ordinarios tiene un papel similar al de los tribunales españoles que interpretan el Derecho.⁵⁶¹

La doctrina se muestra más interesada en cuestiones prácticas que teóricas. Por ello entiende el principio de irretroactividad como corolario del principio de legalidad, sin embargo no analiza la separación entre ambos principios.

1.5.1.1 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El fundamento del principio de irretroactividad, en derecho francés, se basa en el artículo 8 de la Declaración de Derechos de 1789. El Consejo Constitucional ha reconocido por vez primera el valor constitucional de este principio de irretroactividad de leyes penales, en sentencia 109 DC de 9 de enero de 1980, momento a partir del cual el Consejo Constitucional francés entiende que los principios de retroactividad e irretroactividad son aplicados tanto al Derecho administrativo sancionador como al Derecho penal, incluyendo la ejecución de penas.⁵⁶²

La prohibición de retroactividad recogida en el nuevo texto del Código Penal obliga a fijar las infracciones penales antes de su comisión (principio de legalidad). Diferencia, leyes de fondo, no susceptibles de aplicación retroactiva y leyes de forma a las que si puede ser aplicado el principio de retroactividad. La regla general que el Legislador pone de manifiesto ha sido el efecto inmediato de leyes de competencia y de organización judicial.⁵⁶³ Fundamento de este principio, en opinión doctrinal se encuentra en el principio de legalidad y afecta a la previsibilidad de la prohibición de la conducta.

El Consejo Constitucional parece diferenciar los principios de legalidad y de irretroactividad, sin que exista vínculo entre ambos, reservando tan solo la faceta de exigencia de taxatividad.⁵⁶⁴ Sin embargo no existe una línea jurisprudencial clara en el desarrollo del ámbito protegido por el principio de irretroactividad y una reflexión sobre

⁵⁶¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En *“El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”*. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica 2002. Pág. 15 y ss.

⁵⁶² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cit. artículo 8 *“La ley no debe de establecer más que penas estrictas y necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”*.

⁵⁶³ Vid FRIGOLS I BRINES, E., En *“El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”*. Ob. Cit. Pág. 42 y ss.

⁵⁶⁴ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En *“El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”*. Ob. Cit. Pág. 23.

la fundamentación del principio, que determine su núcleo y pueda ser herramienta para otorgar coherencia a las decisiones en este sentido.

1.5.1.2 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

El reconocimiento del principio de retroactividad de leyes sancionadoras favorables, se realiza después de la admisión del rango constitucional de la irretroactividad, a través de la sentencia 127 DC de 19 y 20 de enero de 1981, sin base legal en la Declaración de Derechos de 1789.⁵⁶⁵

Ambos principios, retroactividad e irretroactividad, han sido reconocidos por el Consejo Constitucional como derechos fundamentales, incluidos en el *bloque de constitucionalidad* susceptible de la mayor protección que proporciona el Ordenamiento Jurídico francés.⁵⁶⁶

No existe acuerdo, doctrinal, sobre el fundamento de éste principio. No puede apoyarse en el principio de legalidad ni en la previsibilidad de la prohibición de la conducta. Sin embargo el principio de legalidad no se opone a la retroactividad de leyes favorables, pero éste se vulnera cuando el Legislador impone la aplicación de leyes anteriores, vigentes en el momento de comisión de los hechos, que resultan más severas. (ultraactividad). Parte de la doctrina opina que tiene fundamento propio, mientras otros señalan que no existe tal principio y que se trata de la aplicación de una regla general de Derecho transitorio.⁵⁶⁷

El Código penal francés aprobado por el poder legislativo en 1992, entró en vigor el 1 de marzo de 1994, reconoce en el artículo 112 el principio de irretroactividad y admite la aplicación del principio de retroactividad a “*leyes de forma, de*

⁵⁶⁵ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., La primacía de los textos internacionales sobre la ley ordinaria conforme al artículo 55 de la Constitución francesa y en concreto el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 7.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, que acogen ambos principios, ha de tenerse en cuenta. En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 30 y ss.

⁵⁶⁶ La sentencia trataba de imponer sanciones administrativas y penales retroactivas en virtud de varios artículos de la Ley relativa a la prevención de la inmigración clandestina. Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 21 y ss.

⁵⁶⁷ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 47.

procedimiento, de competencia y de organización judicial".⁵⁶⁸ Distingue entre leyes de fondo, no susceptibles de aplicación retroactiva y leyes de forma, aplicables retroactivamente y añade la derogación de efectos de cosa juzgada cuando los hechos son despenalizados. No establece el momento en que se entiende cometido el delito a efectos de determinar la ley aplicable y regula tanto leyes penales como procesales penales.⁵⁶⁹

Se consideran leyes más favorables por parte de la doctrina y jurisprudencia, las que derogan el tipo penal que dan lugar a la incriminación; reducen o eliminan formas imperfectas de ejecución; admiten nuevas atenuantes o suprimen agravantes; imponen pena inferior, en todos sus aspectos; y acortan o suprimen medidas de seguridad.

En caso de leyes heterogéneas, es necesaria la comprobación completa entre las sucesivas leyes. En caso de leyes complejas, la jurisprudencia distingue entre leyes divisibles (contienen unas disposiciones favorables y otras más graves, pero comportan

⁵⁶⁸ El Código Penal francés, cit. artículo 112 "1. Solamente son punibles los hechos constitutivos de infracción en la fecha en que fueron cometidos. Solamente pueden ser impuestas las penas legalmente aplicables en la misma fecha. Sin embargo, las disposiciones posteriores se aplican a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor y siempre que no hayan dado lugar a una condena con fuerza de cosa juzgada, en el caso de que sean menos severas que las disposiciones anteriores. 2 "Son aplicables inmediatamente a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor: 1º Las leyes de competencia y de organización judicial, en tanto que no haya habido sentencia en primera instancia que haya conocido sobre el fondo del asunto; 2º Las leyes que establecen las modalidades de ejercicio de las acciones penales y las formas de procedimiento; 3º Las leyes relativas al régimen de ejecución y de aplicación de las penas; sin embargo, estas leyes, en la medida en que endurezcan las penas pronunciadas por la sentencia condenatoria, sólo son aplicables a las penas impuestas por los hechos cometidos posteriormente a su entrada en vigor; 4º Mientras las prescripciones no hayan sido aún adquiridas, las leyes relativas a la prescripción de la acción pública y a la prescripción de las penas, salvo que tengan por resultado agravar la situación del interesado" 3. Las leyes relativas a la naturaleza y a la apertura de vías de recurso, así como a los plazos en que éstos deben ser ejercidos y a las personas que pueden interponerlos son aplicables a los recursos preparados contra las sentencias pronunciadas después de su entrada en vigor. Los recursos están sometidos a las reglas de forma en vigor en el momento en que se ejerce. 4º La aplicación inmediata de la ley posterior no afecta a la validez de los actos cumplidos de acuerdo con la ley anterior. No obstante, la pena dejará de ejecutarse cuando haya sido impuesta por un hecho que, en virtud de una ley posterior al juicio, no tiene ya carácter de infracción penal".

⁵⁶⁹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Consideran ley más favorable, tanto doctrina como jurisprudencia las leyes que 1.- derogan el tipo penal que da lugar a la incriminación, lo reducen, o eliminan las formas imperfectas de ejecución; 2.- Dan lugar a la admisión de nuevas atenuantes, o suprimen agravantes; 3.- Suponen una pena inferior, en todos sus aspectos: una pena privativa de libertad es más grave que una no privativa de libertad; entre las privativas de libertad, es más grave la de más larga duración; a igual duración más grave es una pena de reclusión que una de prisión 4.- Supongan el acortamiento o la supresión de medidas de seguridad que comporta la pena o de penas accesorias. Los problemas surgen cuando la sucesión conlleva penas heterogéneas y en concretamente en el caso de leyes complejas que comprenden leyes favorables y desfavorables para el reo. En el caso de las favorables se ha de comprobar cada pena. En el caso de leyes complejas, la jurisprudencia establece una distinción entre leyes divisibles e indivisibles. Las primeras contienen disposiciones favorables y otras más graves, pero tratarían sobre objetos distintos, pudiendo aplicarse las más leves. Las indivisibles son aquellas cuyas disposiciones formarían un bloque indisoluble y por ello sólo cabe su aplicación o la permanencia de la anterior. En "El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado". Ob. Cit. Pág. 51 y ss.

dominios de aplicación distintos) e indivisibles (sus disposiciones forman un bloque indisoluble). En caso de leyes indivisibles, la Corte de Casación manifiesta que es más grave una sanción por la apreciación abstracta de la tendencia general más grave o más leve de la nueva Ley.

No se tiene en cuenta la opinión del reo a la hora de establecer la mayor o menor gravedad de la pena, por parte de la Corte de Casación o Cour de cassation ni tampoco se admite *la lex tertia*.

1.5.2 DERECHO ALEMÁN

Políticamente integrado por 16 estados federados, en el que cada Estado goza de amplias competencias. El sistema jurídico alemán está formado por la Constitución Federal o Ley fundamental, norma básica del Ordenamiento Jurídico federal y por las Constituciones de los Estados federados y su normativa, siendo preferente la normativa federal.⁵⁷⁰ El BVerfG o Tribunal Constitucional alemán tiene asignadas tareas de control de constitucionalidad de normas, solución de controversias entre organismos públicos federales, solución de conflictos federales, y protección de derechos fundamentales mediante un recurso extraordinario de amparo.⁵⁷¹

No recoge como derecho fundamental, la presunción de inocencia.⁵⁷²

1.5.2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Reconoce el artículo 103 de Ley fundamental de Bonn, el principio de legalidad, del que deriva la irretroactividad de leyes penales.⁵⁷³ Adquiere rango constitucional este principio en el art. 116 de la Constitución de Weimar. Tiene naturaleza de derecho fundamental, impidiendo su modificación mediante una ley de reforma constitucional, y

⁵⁷⁰ Así lo establece el artículo 31 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (GG).

⁵⁷¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 65 y ss.

⁵⁷² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*” Ob. Cit. Pág. 171.

⁵⁷³ Dispone el artículo 103 de la Ley fundamental de Bonn “1. Todos tienen el derecho de ser oídos legalmente ante los Tribunales. 2 Un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad se halle legalmente determinada con anterioridad a la comisión del hecho. 3º Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”; Cfr. GARRIDO FALLA, F., En “*Comentarios a la Constitución*”. Dirigidos por Fernando Garrido Falla. Ob. Cit. Pág. 578.

la posibilidad de iniciar un recurso de amparo ante el BVerfG para supuestos de vulneración.⁵⁷⁴

La penalidad debe estar prevista legalmente antes de la comisión del hecho y sólo cabe Ley formal para establecer la pena privativa de libertad, lo que excluye el Derecho consuetudinario y supone una reserva legal incuestionable en el ámbito penal. Se prohíbe la analogía como medio de creación y extensión de preceptos penales y de agravación de penas y medidas de seguridad y si la interpretación del sentido origina laguna, el juez tiene que absolver y dejar paso al legislador.

La prohibición de analogía comprende todos los elementos del precepto penal, los del tipo del injusto y la consecuencia penal. Admite la analogía “*in bonam partem*” en causas de atenuación penal, de exclusión, anulación y de renuncia de pena.⁵⁷⁵

La referencia a “*punibilidad*” del artículo 103 GG es limitación a la aplicación del principio de irretroactividad, porque los preceptos que afectan a la perseguibilidad del hecho y no a la punibilidad no entrarían dentro del ámbito del 103.

1.5.2.2 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad de la pena y las consecuencias accesorias derivadas del art. 103 II GC en relación con el art. 2. I y V StGB, es también consecuencia del principio de legalidad. La prohibición de retroactividad significa que una acción impune al tiempo de su comisión no puede ser considerada más tarde como

⁵⁷⁴ Vid. JESCHECK, HH., El nacionalsocialismo suprimió “*nullum crimen sine lege*” y la substituyó por la expresión autoritaria, de signo inverso “*ningún delito sin pena*” Las potencias ocupantes restablecieron el principio de legalidad e impidieron promulgar preceptos penales con carácter retroactivo en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 118.

⁵⁷⁵ Vid. MEZGER, E., Con la redacción dada al artículo 103.II es suficiente la existencia de punibilidad y no es necesaria que la pena esté determinada con anterioridad. En “*Derecho Penal*”. Libro de Estudio Tomo I. Parte General. Traducción de la 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi. Librería El Foro. Buenos Aires. Pág. 64 y ss.; También JESCHECK, HH., Los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando conceptos elásticos, recoger las consecuencias jurídicas y prever marcos penales de alcance limitado. El mandato de determinación radica en que la reserva de ley tiene eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se expresa en el texto de manera tan clara que evita decisiones subjetivas y arbitrarias del juez. Las decisiones judiciales son más estrictas en Derecho Penal. La certeza exige el conocimiento previo de los comportamientos prohibidos y la pena que ha de ser impuesta. En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 119 y ss.

punible, al igual que excluye la posterior agravación de la pena, basada en la seguridad jurídica.⁵⁷⁶

La doctrina fundamenta este principio, según opinión mayoritaria, no exenta de polémica, en el principio de culpabilidad y en la idea de previsibilidad o seguridad jurídica. El Tribunal constitucional federal alemán propone como fundamento la protección de la confianza.⁵⁷⁷

La derogación de leyes penales, se produce mediante la creación de un nuevo Derecho que anula expresamente el anterior o regula de otro modo la misma materia. También puede ser derogada por un Derecho consuetudinario de signo contrario, por haberse fijado a sí misma un límite temporal o por haber quedado sin objeto.

El tiempo de comisión es el de la realización, el de la materialización de la voluntad. En la omisión es el momento en que debería haber actuado. En los delitos continuados y permanentes el tiempo de comisión se extiende linealmente hasta la terminación del hecho y jurídicamente son una sola acción donde tienen la misma importancia el primer y último acto.⁵⁷⁸

Presenta algunas objeciones, este principio, en supuestos donde han sido aplicadas con carácter retroactivo determinadas leyes no previstas en el momento de comisión de los hechos o leyes que gozaban de una interpretación distinta, como el castigo de crímenes nazis, que no estaban en muchos casos previstos por leyes vigentes en el tiempo de su comisión y el castigo de militares y funcionarios de la antigua República Democrática Alemana, por crímenes cometidos durante el régimen anterior y que a través de una interpretación actual, de leyes vigentes en el momento, han sido aplicadas.⁵⁷⁹

La prohibición de retroactividad comprende todos los elementos relacionados con el merecimiento de pena por el hecho, incluidas las condiciones objetivas de punibilidad, la pena y sus consecuencias accesorias.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ Vid. JESCHECK, HH., En *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 122 y ss.

⁵⁷⁷ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En *“El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”*. Ob. Cit. Pág. 73 y ss.

⁵⁷⁸ Cfr. JESCHECK, HH., En *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 123 y ss.

⁵⁷⁹ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., Los crímenes nazis fueron juzgados en juicios de Nüremberg, realizados conforme al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Londres, de 8 de agosto de 1945 y conforme a la Ley 10 del Consejo de Control, de 20 de diciembre de 1945. En *“El principio de irretroactividad y la sucesión de Leyes Penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”* Ob. Cit. Pág. 97.

⁵⁸⁰ Vid. JESCHECK, HH., En *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. PG. Pág. 124.

La Sentencia del Tribunal Supremo Federal de noviembre de 1992, afirmó la punibilidad de los centinelas del muro y desde entonces se ha mantenido esta jurisprudencia. En 1994 el Tribunal Supremo resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática alemana debían responder penalmente por los homicidios de la frontera. El 24 de octubre de 1996, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró esta jurisprudencia acorde con la Constitución.⁵⁸¹ (En todos los supuestos citados, el cambio de circunstancias que comporta la valoración o interpretación del principio de irretroactividad en el momento de la sentencia es distinto al existente en el momento en que ocurrieron los hechos).

1.5.2.3 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD FAVORABLE

La retroactividad favorable no se encuentra consagrada en el texto constitucional alemán y queda cuestionado su carácter de derecho fundamental. El BVerfG manifiesta su voluntad de no proteger este principio en el art. 103.II GG. Niega la conexión de una aplicación retroactiva de Ley favorable con el concepto de Estado de Derecho.⁵⁸²

La fundamentación constitucional se pretende en la idea de justicia, en el papel del Estado como depositario del *ius puniendi* que solo está justificado por el fin de evitar delitos, basado en la prevención, en la que el Estado goza de superioridad, frente al delincuente, y que es legítima por la finalidad encomendada. También en el principio de proporcionalidad y en la prohibición de exceso atendiendo al mandato de utilidad y necesidad de la intervención penal que actúa en el momento de unificación legal e

⁵⁸¹ Vid. ALEXI, Robert., “Berschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996. Hamburg Joachim Jungius Gesellschaft der Wissenschaften Vandenhoeck & Ruprecht, 1997 (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius Gesellschaft der Wissenschaften”. Traducción de A. Daniel Oliver-Lalana. En “*Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*”. Revista DOXA 23. 2000. Pág. 197 y ss.; FRIGOL I BRINES, E., Las dificultades se plantean porque esta condena se ha producido a pesar de que el art. 27 de la Ley de Fronteras de la RDA (*Grenzgesetz der DDR*) en interpretación conjunta con la normativa sobre uso de armas de fuego por los militares, autorizaba el uso de éstas para evitar la comisión de un delito, y atravesar la frontera ilegalmente se consideraba un delito según el art. 213 III StGB-DDR (además los soldados habían sido preparados de forma que entendían que esta forma de actuar entraba dentro de la normalidad) El BVerfG interpreta que no puede admitirse la aplicación de la causa de justificación, porque una interpretación del art. 27 de la Ley de Fronteras de acuerdo con los derechos humanos impedía que estas acciones pudieran considerarse justificadas, por la desproporción existente entre el injusto de la conducta realizada y las consecuencias mortales que conllevó el uso de las armas. En “*El Principio de irretroactividad de la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 118 y ss.

⁵⁸² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 121 y ss.

imposición de pena. El principio de igualdad, en base al tratamiento por una mejora del conocimiento del Derecho, fruto de un cambio de las circunstancias fácticas, también ha servido de base para el fundamento de la retroactividad favorable.⁵⁸³

El artículo 25 GG concede carácter federal a las normas generales de Derecho internacional público, les otorga primacía ante la Ley y permite crear directamente derechos y deberes para los miembros de la nación. Por ello parte de la doctrina encuentra un fundamento, a la retroactividad, en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, aunque Alemania formuló una reserva por la que salvaba la aplicación de la norma anterior más grave.⁵⁸⁴

El BVerfG se pronuncia a favor del fundamento del principio de irretroactividad, con base en la protección de confianza y relacionado con otros fundamentos accesorios.

El principio *lex posterior derogat legi priori*, aparta como principio general del Ordenamiento Jurídico al principio de irretroactividad, dando entrada a la aplicación de la Ley posterior más favorable, con la aplicación, en cada caso individual de la que conlleve una sanción menos grave.⁵⁸⁵

1.5.3 DERECHO ITALIANO

Responde a la formulación jurídico-romano occidental, por la primacía del Derecho escrito sobre el jurisprudencial. La Constitución italiana fue promulgada el 27 de diciembre de 1947 en un Estado descentralizado, en regiones que tienen competencias legislativas, pero en ningún caso competencia penal. El Código penal fue

⁵⁸³ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*” Ob. Cit. Pág. 123 y ss.

⁵⁸⁴ El principio de retroactividad consta expresamente reconocido en art. 7 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 11 de Declaración Universal de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dispone el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos: *1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.* Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Se admite, no obstante, por la doctrina que en los pactos se reconocen derechos que no deben tener, necesariamente el mismo valor, existiendo algunos inderogables, como el principio de irretroactividad y retroactividad de las leyes favorables y otros de reconocimiento facultativo para los Estados. En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*” Ob. Cit. Pág. 71 y 127.

⁵⁸⁵ Vid. JESCHECK, HH., El Derecho más favorable solo puede aplicarse con carácter retroactivo cuando el nuevo tipo coincide en el bien jurídico y en la forma de ataque con el Derecho vigente al realizarse el hecho (nota 43). En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. PG. Pág. 125.

promulgado el 19 de octubre de 1930, si bien se ha producido una reforma importante de determinados artículos de la parte especial.

El concepto de Ley en el presente Ordenamiento es amplio y no solo incluye leyes en sentido formal, sino también actos con fuerza de ley.⁵⁸⁶ Se permite la creación y derogación de leyes mediante referéndum. El sistema de fuentes aparece recogido en el Código Civil, por este orden: Ley, reglamentos y costumbres (art. 1).

Órgano encargado de interpretar y valorar la adecuación a la Constitución de leyes y actos con fuerza de ley, decidir sobre los conflictos de competencias entre poderes del Estado, entre el Estado y las regiones y regiones entre sí, es la Corte Costituizionale.

La declaración de inconstitucionalidad puede plantearse de todas las normas, a través de un juicio ante la autoridad jurisdiccional; por las partes o el Ministerio Público; y por la situación descentralizada del Estado, puede plantearse cuestión frente a leyes de las regiones, (con carácter previo a su promulgación), o de regiones frente a leyes del Estado o de las regiones entre sí, por invasión de competencias legislativas. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la norma son la pérdida de sus efectos desde el momento de la publicación de la sentencia y una anulación con efectos *ex nunc*.⁵⁸⁷

1.5.3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La constitución garantiza en su art. 25 el principio de legalidad en sentido amplio, el principio de irretroactividad y, expresamente reconoce, la aplicación de medidas de seguridad, limitado a garantías de reserva de ley y taxatividad.

La redacción del principio de legalidad ha sido criticada por la doctrina, por la amplia redacción del texto constitucional y por reconocer de forma implícita los principios de estricta legalidad y taxatividad.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ A diferencia del ordenamiento jurídico español, en Italia existe una reserva relativa de ley para las leyes penales, ya que o están sometidas a mayorías especiales y no existe ningún precepto que prohíba la creación de leyes penales mediante delegaciones legislativas o decretos leyes.

⁵⁸⁷ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 174 y ss.

⁵⁸⁸ La Constitución italiana de 1947 cit. artículo 25 “*Nadie puede ser privado de su juez natural preconstituido de acuerdo con la ley. Nadie puede ser castigado si no es de acuerdo con una ley entrada en vigor con anterioridad a la comisión del hecho. Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los caos previstos en la ley*” En este sentido FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de*

Reconoce el artículo 10 de la Constitución la adaptación del Ordenamiento Jurídico italiano a las normas de derecho internacional, aunque la redacción del precepto da a entender que es necesaria una norma del Ordenamiento italiano que introduzca el contenido.⁵⁸⁹ La Corte Constitucional italiana ha manifestado que el Convenio de Roma puede influir sobre la interpretación de la Constitución, pero no puede servir para dictar los parámetros de legitimidad constitucional.⁵⁹⁰

1.5.3.2 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Es considerado, el principio de irretroactividad, por la doctrina italiana, como garantía original y evidente del principio de legalidad.

Su fundamento no es unánime y parte de la doctrina, se debate entre proporcionar seguridad jurídica al ciudadano “*certezza*” y la aplicación de un principio informador del Estado liberal, “*favor libertatis*”, inclinándose la mayor parte, por la primera, aunque de manera matizada al cumplir, la seguridad jurídica un papel instrumental respecto de la protección del ciudadano (lo que no impide la aplicación de normas retroactivas más favorables).

También se ha intentado fundamentar en necesidades de prevención general, partiendo de la Teoría de la Norma y de su función de motivación.⁵⁹¹ En general, todo apunta a pensar que se ha tratado de buscar un fundamento, que pueda dar cabida al principio de retroactividad de ley favorable.

irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado”. Ob. Cit. Pág. 176 y ss.

⁵⁸⁹ La Constitución italiana de 1947, cit. artículo 10 “*El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La situación jurídica de los extranjeros se regulará por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales. Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley. No se admitirá la extradición de extranjeros por delitos políticos*”.

⁵⁹⁰ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 180.

⁵⁹¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Porque en la medida en que la seguridad jurídica cumple un papel instrumental respecto de la protección del ciudadano, ésta no impediría la aplicación de la norma retroactiva más favorable. En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 182 y ss.

Por su parte la Corte Constitucional italiana no se ha posicionado, de manera clara, al existir pronunciamientos que fundamentan la irretroactividad en la *ratio* seguridad jurídica o en la cognoscibilidad del Derecho penal.⁵⁹²

1.5.3.3 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

La retroactividad favorable reconocida en el art. 2 del Código Penal italiano, no ha sido declarada inconstitucional por la Corte Costituzionale. Lo establecido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es de aplicación, ya que el art. 4 de la Ley 881/1977 de 25 de octubre que introduce el Pacto en el Ordenamiento italiano, establece una reserva a la retroactividad favorable en casos de sentencia previa, con fuerza de cosa juzgada.⁵⁹³

Encuentra fundamento, este principio en que castigar hechos anteriores que con posterioridad ya no son punibles o no se castiguen de manera tan rigurosa, contradice el principio de igualdad.

La opinión doctrinal mayoritaria apoya que el principio de retroactividad de leyes favorables no haya sido constitucionalizado y sea mandato dirigido al juez, fácilmente modulable por el legislador.⁵⁹⁴

2. DERECHO TRANSITORIO GENERAL

La sucesión de leyes en el tiempo, que plantea conflictos entre la antigua y la nueva Ley, es fundamental en la Teoría General del Derecho. Normalmente las nuevas relaciones jurídicas se rigen por Ley posterior, en cambio no es tan claro cuál será la Ley que rija los efectos que en el futuro se deriven de relaciones jurídicas ya constituidas. He apuntado en páginas anteriores, que cuando finaliza la vigencia de una norma, en virtud de otra posterior derogatoria, las relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la derogada, pueden continuar rigiéndose por la misma o ser regidas, en

⁵⁹² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 184 y ss.

⁵⁹³ Vid FRIGOLS I BRINES, E., En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 180.

⁵⁹⁴ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 202.

adelante, por la nueva. Este es el problema que ha de resolver el derecho transitorio o intertemporal, determinar el régimen jurídico aplicable a situaciones existentes durante una sucesión normativa.

Dos principios opuestos marcan soluciones extremas: el que basado en seguridad y estabilidad de relaciones jurídicas, no permite que una Ley posterior influya en relaciones válidamente constituidas al amparo de la anterior (irretroactividad); otro tiene en cuenta la necesidad de cambios del Ordenamiento Jurídico que impone la evolución social y desea que la nueva Ley, extienda su imperio a relaciones surgidas bajo la anterior legislación (retroactividad).⁵⁹⁵

El Derecho Transitorio puede venir establecido en la propia norma -y sería lo deseable- de manera que se atiende a lo expuesto en Disposiciones Transitorias propias, para su aplicación, a supuestos de hecho concretos que puedan surgir. En caso de omisión, será el Derecho Transitorio General, contenido en los artículos 9.3 CE, 2.3 y Disposiciones Transitorias del CC las que marquen pautas de actuación.⁵⁹⁶

El Derecho Transitorio no tendría sentido sin la existencia del efecto derogatorio de una norma, que es origen del efecto sucesorio entre dos leyes, la derogada por la que entra en vigor.

2.1 DERECHO TRANSITORIO EN CÓDIGO CIVIL

El Código Civil contiene Disposiciones Transitorias, que doctrina y jurisprudencia consideran *Derecho común transitorio*.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Vid. DÍAZ AZNARTE, MT., En “*Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Ob. Cit. Pág. 91 y ss.

⁵⁹⁶ Vid. VERDERA IZQUIERDO, B., En “*La irretroactividad: Problemática general.*” Ob. Cit. Pág. 116.

⁵⁹⁷ Véase el contenido del Código Civil: Título preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia (artículos 1 al 16); Libro primero. De las personas. (artículos 17 a 332); Libro segundo. De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (artículos 333 a 608); Libro tercero. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087); Libro cuarto. De las obligaciones y contratos (artículos 1088 a 1976) Art 1976: Una Disposición final derogatoria; Tres Disposiciones adicionales: regulan la revisión del código cada 10 años; Trece Disposiciones Transitorias: relativas al paso de la legislación antigua a la nueva (derecho transitorio).

La STS de 16 de abril de 1991. Sala Civil. Sentencia nº 280. Ponente José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Séptimo. “*Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del*

Las DDTT, contienen reglas generales, especiales, generalísimas y supletorias que consagran el Derecho Transitorio General.⁵⁹⁸ La Exposición de Motivos del Código Civil establece dos sistemas para resolver cuestiones concretas originadas por las innovaciones introducidas respecto al Derecho antiguo. El primer sistema más concreto, llevaría al casuismo indefinido de dar solución caso por caso. El segundo, ofrece la pauta a seguir en la disposición decimotercera, como norma generalísima, para dar solución a aquellos conflictos no regulados en estas Disposiciones y los que puedan surgir posteriormente, teniendo en cuenta la aplicación del principio de irretroactividad.⁵⁹⁹

2.1.1 ARTICULO 2.3 CÓDIGO CIVIL

En la redacción originaria del Código Civil, este artículo se correspondía con el artículo 3 y ha llegado hasta nuestros días con el texto prácticamente invariable. La regla general que rige el Ordenamiento, en materia de Derecho Transitorio, se concreta en el apartado 3 del artículo 2 del Código Civil que dispone “*Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*”.⁶⁰⁰

La irretroactividad ha gozado de reconocimiento constitucional y codificador, continuado en nuestro Derecho. Este precepto, no prejuzga ni restringe la libre iniciativa del legislador; es regla general conforme a los criterios de las DDTT establecidas en el

Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir cuando de resolver una cuestión como la presente se trata.”

⁵⁹⁸ Vid. REYES MONTERREAL, JM., En “Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1049.

⁵⁹⁹ El Código Civil de 1889, cit. Exposición de Motivos “*Dos sistemas podían seguirse para el desempeño de esta difícil obra: uno, señalar minuciosamente todas aquellas variaciones, determinando en cada caso la aplicación del derecho correspondiente; otro establecer reglas generales, aplicables a todos los casos que puedan ocurrir de aquella especie. El primero de estos sistemas daría lugar a un casuismo indefinido y tal vez deficiente; el segundo respondería mejor a su objeto; pero, sobre ser de difícil ejecución, no daría un resultado tan comprensivo, que excluyera en absoluto la necesidad de reglas especiales para casos determinados...Aunque la Sección ha buscado detenidamente en el Código todos los casos de conflicto que puedan ocurrir entre sus disposiciones y las del antiguo derecho, y cree que todos los conocidos podrán resolverse por las reglas transitorias que quedan expuestas, le ha parecido conveniente prever otros caos, que puedan ocurrir en la práctica y no se hallen directamente comprendido en aquéllas. Si esto ocurriese, toca a los Tribunales decidir lo que a su juicio corresponda, pero no a su libre arbitrio, sino aplicando, según la regla 13ª, los principios que sirven de fundamento a las demás transitorias. En este sentido VERDERA IZQUIERO, B., En “La Irretroactividad: Problemática general”. Ob. Cit. Pág. 118.*

⁶⁰⁰ Fue modificado su numeración de acuerdo con el Decreto 1836/1972 de 31 de mayo (BOE de 9 de julio de 194, nº 163) por el que se modifica el Título Preliminar del Código Civil.

Código Civil; tiene carácter de norma subsidiaria, con carácter general, porque sólo encontrará aplicación cuando la ley nueva nada haya establecido sobre su posible efecto retroactivo, con aplicación a todas las normas del ordenamiento jurídico; y tiene carácter de norma complementaria sirviendo de guía en la interpretación y aplicación de leyes.

Es una norma dirigida al intérprete, en aplicación de leyes, aunque el mandato que subyace para el legislador es muy amplio, porque permite promulgar leyes retroactivas sin ningún límite.⁶⁰¹ (No obstante, el legislador, se encuentra limitado por el art. 9.3 de la Constitución, sobre la retroactividad que puede ordenar, en relación a leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales).⁶⁰²

Si una ley nueva tiene carácter retroactivo de manera expresa o tácita, habrá que aplicarla, conforme venga expuesta y sí se limita a declarar el carácter retroactivo, habrá que interpretarla para determinar su grado.⁶⁰³ Este precepto, si bien fija el principio general de irretroactividad, lo hace con escasas garantías, al permitir la retroactividad a cualquier ley.⁶⁰⁴

Deja margen de discrecionalidad al intérprete, al no especificar lo que se entiende por efecto retroactivo. No existe “*interdicción general de la retroactividad de las normas*”.

La retroactividad se dispone en algunas leyes, de manera expresa, y otras veces se deduce de forma tácita, del sentido y finalidad de la misma.⁶⁰⁵ Se atiende a la Ley y

⁶⁰¹ Cfr. LÓPEZ MENUÑO, F., En “*El Principio de Irretroactividad. Tres cuestiones claves*”. Ob. Cit. Pág. 77; CASTÁN TOBEÑAS, J., No se dirige al legislador, sino al Juez, dando a entender que en caso de duda debe decidirse por la no retroacción de la ley y en los casos en que disponga la aplicación retroactiva debe hacerlo prudentemente y con sentido restrictivo. En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 641 y ss.; SUÁREZ COLLÍA, JM., En “*La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*”. Ob. Cit. Pág. 18; ESPÍN CANOVAS, D., En “*Manual de Derecho Civil Español*”. Volumen I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 167; HUERTA TOCILDO, S., En “*El Derecho a la legalidad Penal*”. Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario. Directores María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Ob. Cit. Pág. 731 y ss.

⁶⁰² Vid. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., En “*Código Civil comentado y con jurisprudencia*”. Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Séptima Edición. Madrid 2012. Pág. 23.

⁶⁰³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., Aunque una ley disponga, expresamente, el carácter retroactivo, no por ello se excluye la aplicación del principio favorable a la restricción de la eficacia retroactiva de las leyes. En “*Derecho Civil de España*”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 723; COLINA GARETA, R., En “*Comentarios al Código Civil*”. Tomo I. (Artículos 1 a 151). Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ob. Cit. Pág. 109; PASQUAU LIAÑO, M., En “*Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*”. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Ob. Cit. Pág. 26.

⁶⁰⁴ Vid. VILLAR PALASI, JL/SUÑE LLINAS, E., En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Artículo 2. Dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. Artículos 1 a 9. Ob. Cit. Pág. 593.

⁶⁰⁵ Vid. STS 3 de marzo de 1992. Sala Civil. Sentencia nº 207. Ponente Alfonso Villagómez Rodil. Fundamento de Derecho Segundo. “*La Disposición Transitoria de la Ley 83/1980 de Arrendamientos*

en defecto de previsión legal establecida, a las DDTT del Código Civil, como derecho supletorio.⁶⁰⁶ Despliega sus efectos en todas las ramas del Ordenamiento Jurídico y lo complementa.⁶⁰⁷

Para el Tribunal Supremo, la irretroactividad se aplica a todas las normas, y a disposiciones de rango inferior, incluidos reglamentos, órdenes, e incluso actos de la Administración, como Planes de Urbanismo.⁶⁰⁸ La posibilidad de que una disposición reglamentaria pueda atribuirse eficacia retroactiva ha sido negada por el Tribunal Supremo.⁶⁰⁹

2.2.2 DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CODIGO CIVIL

La primera edición del Código Civil, sólo contenía, a efectos transitorios, el artículo 1976.2 *“Las variaciones introducidas por el Código que perjudiquen derechos adquiridos no tendrían efecto retroactivo”*. Esta mención devino insuficiente y se

Rústicos contiene una declaración normativa bien clara y determinante que quiebra el principio general de irretroactividad del artículo 2.3 del CC, en cuanto establece que quedan sujetos a la misma los contratos cualquiera que sea la fecha de su celebración, salvo las excepciones precisas que refieren las reglas primera, segunda y tercera de la presente Disposición.”

Las leyes que condenan situaciones que pueden estar ya constituidas, como la ley de 23 de julio de 1908 de la Usura, donde su artículo 1 establece: *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.”* En este sentido O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., En *“Código Civil comentado y con jurisprudencia”*. Ob. Cit. Pág. 23.

⁶⁰⁶ Vid. PASQUAU LIAÑO, M., En *“Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil”*. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Ob. Cit. Pág. 19.

⁶⁰⁷ Vid. STS de 26 de febrero de 1999. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente Rafael Fernández Montalvo. Fundamento de Derecho Cuarto. *“No existe, por tanto, una interdicción general de la retroactividad de las normas, y en cualquier caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el reiterado art. 2.3 CC, ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, como ha entendido esta Sala en múltiples Sentencias”*.

⁶⁰⁸ Vid. STS 6 de julio de 2012. Resolución 288/2011. Sala Contencioso-Administrativa. Ponente Juan José González Rivas. Fundamento de Derecho Undécimo *“En coherencia con la aplicación de la jurisprudencia (especialmente las SSTC núms. 197 y 205/92, 173/96, 182/97 y 273/2000) conduce a la consecuencia de reconocer que la irretroactividad de las normas es especialmente aplicable a los reglamentos”*

⁶⁰⁹ Vid. STS de 3 de junio de 2003. Sala Contencioso-Administrativa. Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento de Derecho Decimosexto. *“El principio de irretroactividad de los reglamentos viene constantemente proclamado por la jurisprudencia, con arreglo a la cual resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales”*.

incorporaron, tras la revisión en Cámaras, sobre aplicación de la Ley de Bases, trece Disposiciones Transitorias aún vigentes.⁶¹⁰ Disposiciones que junto con otros preceptos del Código Civil, configuran el Derecho Transitorio General del Ordenamiento aplicable, cuando la Ley no disponga normativa específica sobre su vigencia temporal y su retroactividad.⁶¹¹

La clasificación se realiza en grupos: A) Generales, constituida por Disposición Preliminar y Disposiciones Transitorias primera a cuarta; B) Especiales, Disposiciones Transitorias quinta a duodécima; C) Generalísima o supletoria, Disposición Transitoria decimotercera y D) Especialísimas contenidas en los artículos 1.608, 1611, 1644, 1655 y 1939 del CC.⁶¹² Estos preceptos no forman parte de las Disposiciones Transitorias,

⁶¹⁰ Vid. SALAS CARCELLER, A., En “*Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*”. Coordinador Antonio Salas Carceller. Editorial jurídica SEPIN SL, 2009. Pág. 5146.

⁶¹¹ Cfr. SANTAMARÍA ANSA, J., En “*Comentarios al Código Civil*”. Texto vigente. Comentarios. Concordancias y Referencias. Recensión de la doctrina de los autores. Recensión y tablas cronológicas de jurisprudencia. Claves sinópticas. Bibliografía e Índices. Volumen II. Artículos 1033 a Disposiciones transitorias y apéndice foral de Aragón. Universidad Complutense. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958. Pág. 1038.

⁶¹² El Código Civil de 1889 cit. artículo 1608 “*Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario, siendo esta disposición aplicable a los censos que hoy existen. Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censalista o de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfiteutico*”. El artículo 1611 manifiesta: “*Para la redención de los censos, constituidos antes de la promulgación del presente Código si no fuere conocido el capital se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100. Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial*” El artículo 1644 indica: “*En las enajenaciones a título oneroso de fincas enfiteuticas sólo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis. Si al pactarlo no se hubiera señalado cantidad fija, ésta consistirá en el 2 por 100 del precio de la enajenación. En las enfiteusis anteriores a la promulgación de este Código, que estén sujetas al pago de laudemio, aunque no se haya pactado, seguirá esta prestación en la forma acostumbrada, pero no excederá del 2 por 100 del precio de la enajenación cuando no se haya contratado expresamente otra mayor*” En el mismo sentido, a pesar de no haberse pactado laudemio en las enajenaciones a título oneroso, se establece el importe del laudemio en el 2% del precio de la enajenación. “*Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteutico en la sección que precede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato*”. El artículo 1939 establecía: “*La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo*” Establece la prescripción que prevé el Código, para hechos anteriores a su publicación. En este sentido se pronuncia REYES MONTERREAL, JM., En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen Segundo. Ob. Cit. Pág. 1048.

pero se refieren a reglas de derecho transitorio, de manera concreta.⁶¹³ Son una prolongación de vigencia de la legislación anterior, que ha sido expresamente derogada.⁶¹⁴ El principio que rige nuestro Ordenamiento Jurídico es “*tempus regit actum*”, ley vigente en el momento de la comisión, e irretroactividad de las leyes.⁶¹⁵

Se ha intentado definir un principio rector único, que inspire un criterio de eficacia de la Ley anterior, pese a su derogación y el respeto a situaciones jurídicas precedentes, pero a fecha de hoy no ha sido posible.⁶¹⁶

⁶¹³ También se incluyen las DDTT de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 de 24 de noviembre, que de manera especial aplican un régimen a los contratos celebrados conforme al texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y al Decreto Ley 2/1985 de 30 de abril. Igualmente las Disposiciones Transitorias de la Ley 11/1981 de 13 de mayo de Modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En este sentido SANTAMARÍA ANSA, J., “*Comentarios al Código Civil*”. Texto vigente. Comentarios. Concordancias y Referencias. Volumen II. Artículos 1033 a disposiciones transitorias y apéndice foral de Aragón. Ob. Cit. Pág. 1038.

⁶¹⁴ Cfr. REYES MONTERREAL, JM., Es el principio de proyección, prolongación o vigencia de la ley, expresamente derogada, por cuanto la esencia de aquella supone en la práctica que, excepcionalmente, siga rigiendo la misma para el futuro y para determinados casos sin que genere una nueva situación jurídica, en cuanto ésta ya se había originado, no haciéndolo, por el contrario, la nueva ley, a pesar de que, la modificación legal está siempre en la regulación de los efectos futuros acaecibles. Los problemas de colisión de normas de derecho transitorio, sólo pueden surgir, cuando aún no se han agotado todos los efectos de una Ley anterior, en el momento en que la Ley nueva debe empezar a regir. Son, por tanto, situaciones jurídicas de tracto sucesivo, aquellas nacidas bajo la vigencia de una Ley anterior que no han visto completada su eficacia durante la misma y se prolongan en el tiempo. Cabe la posibilidad de que exista un agotamiento parcial de sus efectos, es decir que aún existan efectos por nacer o nacidos y no consumados. En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1038 y ss.

⁶¹⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., La legislación anterior al Código se impone incluso a las consecuencias futuras de hechos anteriores a ella. En “*Derecho Civil español, común y foral*”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 645.; REYES MONTERREAL, JM., Sin embargo, a pesar de ser principio general en nuestro Ordenamiento Jurídico, no se puede establecer un criterio absoluto como norma a seguir. Es necesario establecer reglas de carácter general, como la irretroactividad y otras llamadas de propio derecho transitorio, que aparecen en las Disposiciones Transitorias y en otros preceptos del Código Civil, acordes con la progresiva evolución del Derecho y con la preexistencia de situaciones jurídicas que habrían de permanecer inalteradas. En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. cit. Pág. 1047 y ss.

⁶¹⁶ Las teorías que intentan fundamentar la aplicación de la ley a situaciones nacidas bajo la vigencia de otra ley posterior se basan en seguridad jurídica, principio de legalidad, respeto a los derechos adquiridos, naturaleza de la norma jurídica, principio de la culpabilidad, principio del hecho cumplido y principio de la autonomía de la voluntad.

2.1.2.1 DISPOSICIÓN PRELIMINAR

*“Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo. Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no estén expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes”.*⁶¹⁷

Establece, la presente DT, un criterio rector para el resto de disposiciones, recogidas en el Código Civil. Actúa, también, como norma supletoria de reglas aisladas, contenidas en el articulado del Código Civil.

2.1.2.2 DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

Disposición Transitoria Primera

*“Se regirán por la legislación anterior al Código, los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen”.*⁶¹⁸

⁶¹⁷ Vid. SALAS CARCELLER, A., En “Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia”. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5147; REYES MONTERREAL, JM., En “Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1052 y ss.; Esta Disposición confirma y completa el principio de irretroactividad de las leyes que viene consagrado, con carácter general, en el artículo 2.3 CC y exige la irretroactividad de disposiciones del Código Civil cuando su aplicación perjudique derechos legítimamente adquiridos. Cualquier conflicto de leyes se desvanece cuando se está en presencia de derechos plenamente adquiridos, con efectos jurídicos totales. Puede darse, el conflicto de leyes, cuando exista una prolongación o proyección, aunque sea parcial, del derecho originado anteriormente, más allá de la vigencia de la ley al tiempo de haberse engendrado.

⁶¹⁸ La expresión “derechos reconocidos por primera vez” supone que determinados hechos, tengan ahora un reconocimiento legal, aún nacidos con la legislación anterior y carente de protección entonces. Retroactividad de grado máximo y el derecho se adquiere conforme a la nueva ley con referencia a un hecho acaecido bajo la legislación anterior.

La condición impuesta “no se perjudique otro derecho de igual origen” no concreta el ámbito de este condicionamiento, omitiendo su aplicación cuando con ello exista un auténtico perjuicio de otro derecho adquirido de igual origen. Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., señala que cualquiera que sea el origen del derecho o situación favorable que haya de mantenerse intacta después del Código, significa identidad de naturaleza de derechos e intereses colisionados. En “Derecho Civil de España”. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 731.; CASTÁN TOBEÑAS, J., En “Derecho Civil español, común y foral”. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas

Se atiende a la fecha del hecho generador del derecho para fijar su origen, y los derechos que de la antigua Ley nacen, deben respetarse en cuanto constituyan derechos adquiridos.

Disposición Transitoria Segunda

*“Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo”.*⁶¹⁹

generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 646.; SALAS CARCELLER, A., Si el derecho aparece declarado por primera vez en el Código, tendrá eficacia, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen. En *“Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia”*. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5147.

⁶¹⁹ Vid. REYES MONTERREAL, JM., Completa la regla anterior y es consecuencia de la misma. Tiene carácter mixto, al constar de una parte general en la que impera el principio de irretroactividad y otra especial. Por efecto de esta regla, todos los actos o contratos válidos, en el momento de su celebración, conforme a la legislación de origen, lo seguirán siendo pese al cambio legislativo (*tempus regit actum*). Se enumeran actos que se declaran válidos, realizados bajo la legislación anterior, con la intención de hacerlos extensivos a todos los que se encuentren en la misma situación *“y cualquiera otros permitidos por la legislación precedente”*. La Exposición de motivos, aclara: *“Por efecto de la misma regla segunda, no podrá alterarse el estado legal en que se hallen los que, por pacto anterior a la promulgación del Código, estén dando o recibiendo alimentos; ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho a heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca ese derecho a los adoptados después. En el mismo caso se hallan las reglas que determinan la colación, las dotes y las donaciones de cualquier especie otorgadas bajo el régimen anterior, en todo aquello que difieran de las consignadas en el Código”* Se refiere a actos mortis causa, *“no podrá verificarse después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo”* y zanja la cuestión en favor de la aplicación del Código Civil, para actos mortis causa. No indica legislación aplicable para modificar y revocar actos y contratos que no sean mortis causa, aunque resulta aplicable la Disposición Decimotercera. En *“Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”*. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1083.; SALAS CARCELLER, A., En *“Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia”*. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5149.; CASTÁN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 647.

La validez de actos realizados bajo el imperio de la antigua legislación está amparada por ésta. “*La revocación o modificación de tales actos*” tiene carácter especial, y vigente el Código ha de ajustarse al mismo.

Disposición Transitoria Tercera

“Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código.

*Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna”.*⁶²⁰

Queda prohibido castigar una acción realizada de manera lícita en la legislación anterior, aunque la nueva ley determine su ilicitud. Opta por la aplicación del principio de retroactividad favorable de la ley penal.⁶²¹

⁶²⁰ Vid. SALAS CARCELLER, A., Si con la legislación en la que se originan los hechos, estos, no son ilícitos o contrarios a la ley, no puede aplicarse sanción posterior, creada al amparo de la ley nueva o del Código Civil, para castigar ese hecho. Se confirma lo expuesto en el párrafo segundo de la presente regla, que permite la aplicación retroactiva del Código Civil, en aquellos casos en que comparándola con la legislación anterior, sea más benigna la aplicación de aquél, para el supuesto de estar castigado el hecho, por ambas legislaciones. Por aplicación del principio de justicia material y de humanidad de las leyes, la imputación de la consecuencia sancionadora de un ilícito que no lo era al tiempo de su realización, no puede ser castigada posteriormente. En “*Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*”. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5149.; REYES MONTERREAL, JM., En casos de contraposición de intereses subjetivos, donde lo beneficioso para una de las partes puede perjudicar a la otra, es superior el interés general de degradar las sanciones en interés de los sancionados, aunque con ello se perjudique cualquier derecho. Situación que ocurre, de igual manera, en el ámbito penal, cuando se deroga el delito en el Código Penal posterior, aunque con ello se lesionen intereses del perjudicado, por ese hecho delictivo preexistente. En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1098.

⁶²¹ Vid. STS 16 de abril de 1991. Sala Civil. Ponente: José Almagro Nosete. Fundamento de Derecho Séptimo “*La interpretación de esta norma conduce a la fijación de dos claros criterios: uno, el derecho de fondo aplicable a la cuestión, en tanto afecte a derechos adquiridos, se rige por la ley antigua, pero el modo de hacerlos valer, la ley procesal, es la ley nueva. De manera impropia en la terminología que emplea, pero ilustrativa en el particular que nos concierne, la exposición de motivos del Código Civil explica esta norma señalando que ninguna consideración de justicia exige que el ejercicio posterior de los derechos, su duración y los preceptos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código, o sea, de la «ley nueva», y alude al carácter adjetivo de estas disposiciones y a la posibilidad de que estas normas tengan carácter retroactivo, al menos retroactividad débil, en sentido doctrinal*”.

Disposición Transitoria Cuarta

*“Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros”.*⁶²²

Es una ampliación de la DT primera y conforme con ella respeta actos jurídicos y derechos con origen anterior al Código Civil, no ejercitados bajo la legislación precedente, por estar pendientes de ciertas formalidades para hacerlos valer.⁶²³

2.1.2.3 DISPOSICIONES DE CARÁCTER ESPECIAL

Disposición Transitoria Quinta

“Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y a expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su

⁶²² Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Distingue entre derecho nacido y ejercitado, al que se aplica la ley de su origen y el derecho nacido y no ejercitado hasta ese momento, que se rige por las disposiciones del Código Civil. También diferencia entre el derecho sustantivo o material al que se aplican disposiciones de la legislación precedente, vigente en el momento de surgir a la vida jurídica, y el derecho adjetivo, formal o de nuevo ejercicio de los derechos, para el que rige el Código, también recogido en la expresión. Se aplica retroactivamente el Código Civil, pero de manera acotada y limitada al ámbito procesal, que regula el modo, la forma de ejercicio y el tiempo de proceder y se limita al ejercicio, duración y procedimiento de supuestos de derechos reconocidos o declarados por primera vez en el Código Civil. Es excepción al principio de irretroactividad que rige nuestro Ordenamiento Jurídico, la regla relativa al ejercicio, duración y procedimiento adecuado para hacer valer derechos o acciones. En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Tomo I Ob. Cit. Pág. 645.

⁶²³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige, para su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tiene carácter adjetivo y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo. En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 647 y ss.; SALAS CARCELLER, A., En *“Código Civil. Comentarios y jurisprudencia”*. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5148. La Exposición de la Comisión codificadora, así lo establece, para no demorar la nueva regulación y lograr uniformidad jurídica.

*peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior”.*⁶²⁴

Comprende dos partes distintas; una preceptiva u obligatoria y otra potestativa.

Disposición Transitoria Sexta

*“El padre que voluntariamente hubiese emancipado a un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo a la legislación anterior”.*⁶²⁵

Tiene carácter especial y rige para un supuesto concreto, sin posibilidad de extenderlo, a ningún otro.

Disposición Transitoria Séptima

“Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas, ni ser obligados a constituir las si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultaren insuficientes las prestadas.”

Sienta un criterio de irretroactividad, y permite la situación conforme se había producido con anterioridad a la vigencia del Código Civil.⁶²⁶

Disposición Transitoria Octava

“Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción a ella conservarán su cargo, pero sometándose, en cuanto a su ejercicio,

⁶²⁴ En la actualidad, esta regla, no tiene interés, al ser un precepto aplicable, tan sólo, a hijos, que siendo menores de veinticinco años, habían cumplido veintitrés, a la entrada en vigor del Código Civil de 1889.

⁶²⁵ Carece de aplicación práctica, dado el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Código Civil.

⁶²⁶ Vid. SALAS CARCELLER, A., En *“Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia”*. Coordinador Antonio Salas Carceller. Ob. Cit. Pág. 5150.; Es regla especial referida a un supuesto concreto. Deriva de la regla primera y de la garantía del derecho adquirido por menores e incapacitados. Se conservan tutelas y curatelas constituidas a la sombra de la legislación anterior, instituciones modificadas, profundamente por el Código Civil.

a las disposiciones del Código. Esta regla es también aplicable a los poseedores y a los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la ley los establece”.⁶²⁷

El cambio en materia de tutela fue amplio, con la entrada del Código Civil, al exigir mayor seguridad a través de organismos tutelares.⁶²⁸

Disposición Transitoria Novena

*“Las tutelas y curatelas, cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar a regir el Código, se constituirán con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede”.*⁶²⁹

Señala la Exposición de Motivos de la Comisión redactora *“También emana de la misma regla segunda lo dispuesto en la novena, que manda constituir bajo el régimen de la legislación anterior las tutelas y curatelas cuya constitución esté pendiente de los Tribunales”.*

⁶²⁷ Mantiene los cargos desempeñados por tutores y curadores, asimilando a ellos a los poseedores y administradores interinos de los bienes ajenos. Se aplica, la legislación bajo cuyo amparo fueron creados. Forma un todo, junto a la regla siguiente, completándose mutuamente, al referirse ambas al ejercicio de la tutela y la guarda de menores e incapacitados, cuando dichos cargos son desempeñados por personas distintas a parientes designados en la regla anterior. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Fundamenta esta regla en la disposición primera. En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 649.; REYES MONTERREAL, JM., Tiene su base en la Disposición Preliminar. Se impone el sometimiento para el futuro del ejercicio de los cargos, sin dar retroactividad modificativa del régimen legal anterior, porque esto vendría a pugnar con el respeto del derecho de los tutores a conservar sus cargos que éstos se hayan conferido o fueran nombrados con sujeción a aquella. En *“Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”*. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales). Volumen segundo. Ob. Cit. Pág. 1138.

⁶²⁸ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, JL., La curatela y el consejo de familia aparecen recogidos en el Código Penal de 1848, artículo 364, el Código Penal de 1850, artículo 374, y en los Códigos Penales de 1870, 1932 y 1944 artículo 46. En *“La Pena de Interdicción Civil”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 32 Fascículo /Mes 2 I Madrid Instituto de Estudios Jurídicos. 1979. Pág. 348.

⁶²⁹ Vid. REYES MONTERREAL, JM., Se refiere a la tutela y curatela pendientes de constitución por resolución judicial, en el momento en que se publica el Código Civil, es decir, el discutido nombramiento de tutores o curadores ante Tribunales sin que hubiese resolución al respecto, en el momento de vigencia del Código, es decir el supuesto de que el hecho determinante preexistiera a la vigencia del Código, pero la tutela aún no estuviera definitivamente constituida, porque iniciados los actos precisos para ello, se hubiese planteado una contienda judicial, cuya incidencia origina la derogación del régimen legal, que debía regir. En *“Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”*. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1976 y Disposiciones Transitorias). Ob. Cit. Pág. 1144.

Disposición Transitoria Décima

*“Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los consejos de familia sino respecto a los menores cuya tutela no estuviere aun definitivamente constituida al empezar a regir el Código. Cuando el tutor o curador hubiere comenzado ya a ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él, o el mismo tutor o curador existente; y, entre tanto, quedará en suspenso el nombramiento del protutor.”*⁶³⁰

La institución del Consejo Rector, se inspira en el derecho positivo más progresivo y en orientaciones modernas. Su instauración requería lentitud y prudencia en relación al derecho aplicable.

Disposición Transitoria Undécima

*“Los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley pendientes ante el Gobierno o los Tribunales, seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres o solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código.”*⁶³¹

Disposición Transitoria Duodécima

“Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia

⁶³⁰ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 649.; MANRESA NAVARRO, JM., En *“Comentarios al Código Civil Español por D. José María Manresa y Navarro”*. Tomo XII. Editorial Reus S.A. Sexta edición revisada por Justo J. Gómez Ysabel. Madrid 1973. Pág. 1331.; El Código Civil modificó profundamente las instituciones tutelares y estableció un Derecho transitorio más amplio. Suprimió la figura de la curatela, instaurando el Consejo de Familia, que a su vez ha sido sustituido por la curatela en Ley de 24 de octubre de 1983. Es regla excepcional, restringe la introducción inmediata del Consejo de Familia, cuando la tutela estaba constituida o constituyéndose al empezar a regir el Código. Al igual que otras, esta regla ha ido perdiendo interés con el paso del tiempo, pues cada vez son más reducidos los casos en que puede tener aplicación.

⁶³¹ Permite a los interesados, en expedientes de adopción, emancipación voluntaria y dispensa de ley pendientes, libertad para renunciar al derecho que como *“derecho adquirido”* poseen y someterse a la ley nueva siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés y al orden público, cuando los expedientes están pendientes de decisión gubernativa o judicial.

*de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que corresponda según el Código”.*⁶³²

No existen derechos adquiridos en materia sucesoria hasta la efectiva muerte del causante, momento en que se apertura la herencia. Los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo de fallecimiento del causante.⁶³³

Disposición Transitoria Decimotercera

“Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento”.

La presente regla, es supletoria o complementaria, a la que habrá que acudir para resolver, por analogía, supuestos no comprendidos ni resueltos en otras disposiciones transitorias, con aplicación de principios que fundamentan anteriores reglas para lograr una aplicación análoga.⁶³⁴

⁶³² Es una derivación de la segunda y se hallan ambas en conexión. Los derechos a los que se refiere la presente regla son los que sobre la herencia del causante confiere la ley a determinadas personas, con independencia de la voluntad del testador, en sucesión testada, es decir los derechos de herederos forzosos. En el supuesto de herederos no forzosos, se aplica la legislación anterior, porque las disposiciones testamentarias no podrán verse atacadas por ser incompatibles con el Código en vigor. Así la Exposición de la Comisión redactora: *“la legislación anterior no reconocía porción legítima a los cónyuges ni a los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de haber”.*

⁶³³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., En *“Derecho Civil español, común y foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ob. Cit. Pág. 650.; REYES MONTERREAL, JM., En *“Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”*. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1976 y Disposiciones Transitorias). Ob. Cit. Pág. 1166.; MANRESA NAVARRO, JM., En *“Comentarios al Código Civil Español por D. José María Manresa y Navarro”*. Ob. Cit. Pág. 1136.; MORENO GIL, O., En *“Código Civil y jurisprudencia concordada”*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Cuarta Edición. Madrid 2006. Pág. 2297.

⁶³⁴ El método a seguir está marcado por el legislador comenzando por indagar si existe ausencia en las reglas anteriores para regular el caso concreto, para extraer de todas ellas el criterio doctrinal en que se ha inspirado y que por analogía tenga aplicación a los casos que no puedan resolverse por ninguna de las disposiciones anteriores. Vid. MANRESA NAVARRO, JM., En *“Comentarios al Código Civil Español por D. José María Manresa y Navarro”*. Ob. Cit. Pág. 1137.; REYES MONTERREAL, JM., En *“Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos”*. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1976 y Disposiciones Transitorias). Ob. Cit. Pág. 1170 y ss.

La regla general del artículo 2.3 del Código Civil, en relación con la aplicación temporal de la Ley, exige declaración expresa de retroactividad para que sus normas tengan efecto respecto del pasado. Este será el criterio prevalente, que habrá de decidir casos dudosos, en consonancia con la regla preliminar y primera.⁶³⁵

2.2 DERECHO TRANSITORIO EN CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El ordenamiento penal, acoge en artículo 2.1 del Código, la prohibición de retroactividad de leyes “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad*”. Confirma, sin lugar a dudas, la irretroactividad de ley penal, porque debe ser aplicada la Ley vigente en el momento de comisión del delito; establece la regla “*tempus regit actum*” y prescinde del momento en que el delito es sometido a enjuiciamiento.⁶³⁶ Zanja la polémica suscitada en torno a medidas de seguridad, que han quedado sin regulación en el texto constitucional, -aunque podía mantenerse su retroactividad en base al carácter restrictivo de derechos individuales (art. 9 CE)-.

El principio de irretroactividad, rige en Derecho Penal sin más excepciones que la ultractividad de leyes penales temporales, con la posibilidad de que dispongan lo contrario “*Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*” (art. 2.2 CP).⁶³⁷

⁶³⁵ Cfr. REYES MONTERREAL, JM., Requisito es, la existencia de una situación jurídica huérfana de regulación e igualdad jurídica entre ésta y el caso especialmente regulado. Habrán de respetarse derechos adquiridos legítimamente o los que se reconozcan por vez primera, siempre que no perjudiquen derechos adquiridos previamente. En “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. (Artículos 1930 a 1976 y Disposiciones Transitorias). Ob. Cit. Pág. 1174.

⁶³⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., No se prescinde del principio de identidad entre la vigencia material y la formal, por aplicar una ley que no está en vigor, porque lo decisivo es que la ley se aplique a los hechos ocurridos mientras rigió. En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 210.; Cfr. MEZGER, E., En “*Derecho Penal*”. Libro de Estudio Tomo I. Parte General. Ob. Cit. Pág. 115.

⁶³⁷ Código Penal de 1995, cit, artículo 2.2: *No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.*” De esta opinión, por todos GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II Ob. Cit. Pág. 871.

El Código Penal Español de 1995, contiene doce Disposiciones Transitorias que regulan y ofrecen pautas para resolver problemas de aplicación normativa, a la entrada en vigor del texto punitivo. Se inclina por aplicar la Ley más favorable en supuestos de falta de homogeneidad entre penas previstas en el CP de 1973 y el vigente.

Las DDTT contenidas son normas “*ad hoc*” que precisan y concretan el mandato contenido en el artículo 2.2.⁶³⁸ Han permanecido inalteradas desde su redacción inicial, a excepción de la Disposición Transitoria Duodécima derogada por Disposición Final 5.1 de Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.⁶³⁹

La entrada en vigor se produce el 24 de mayo de 1996 (*vacatio legis*) y los hechos acaecidos con posterioridad a dicha fecha deberán ser enjuiciados con arreglo al nuevo CP. Su eficacia retroactiva puede alcanzar a hechos definitivamente enjuiciados antes de su entrada en vigor, siempre que los aspectos penales de la sentencia no estén totalmente ejecutados y las disposiciones del nuevo CP sean más favorables. También se aplica a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor, enjuiciados con posterioridad, cuando las normas del nuevo CP sean más favorables que las derogadas.⁶⁴⁰

2.2.1 DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición Transitoria Primera

“Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas”.

⁶³⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 912.

⁶³⁹ BOE nº 11 de 13 de enero de 2000. Pág. 1422 a 1441.

⁶⁴⁰ Vid. MÓRA SÁNCHEZ JM. En “*Limites al Poder Punitivo del Estado (V)*”. Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición. Revisada y puesta al día. Valencia 2004. Pág. 275.

Aparece reconocido el principio “*tempus regit actum*”, regla general en nuestro Ordenamiento Jurídico-penal vinculado al principio de legalidad y al principio de seguridad jurídica.⁶⁴¹

El fundamento de la retroactividad, está basado en razones de política criminal, principalmente, al no existir interés, en penar conductas anteriormente castigadas o mantener una penalidad de mayor entidad.⁶⁴² Los márgenes para aplicar retroactivamente leyes penales más favorables, aparecen en el artículo 2.2 y en las Disposiciones Transitorias, que ofrecen el proceso a seguir.⁶⁴³

El momento de aplicación del nuevo CP está regido por su entrada en vigor, así como el de las modificaciones posteriores. La fecha de comisión de los hechos, sugiere la normativa aplicable, y el artículo 7 CP determina el momento de comisión, en caso de duda.⁶⁴⁴ Existen, no obstante, delitos cuya ejecución no ocurre en un momento concreto y determinado sino que las acciones se cometen de manera sucesiva en el tiempo, como delitos continuados, habituales, de tracto sucesivo y permanentes.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ La prohibición de aplicación retroactiva de normas penales se encuentra consagrada en el artículo 9.3 CE, conectado con el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 del mismo texto legal, y con los artículos 2.3 CC y 2.2 del CP.

⁶⁴² Vid. Capítulo II. También STS 25 de noviembre de 1991. Sentencia 3.746. Sala Penal. Ponente José Antonio Martín Pallín. Fundamento de Derecho Tercero “*El Estado, al dictar una nueva norma, ya no tiene interés en penar conductas anteriormente castigadas o mantener una penalidad de mayor entidad, por lo que ha decidido cambiar el sentido de la norma en un sentido más favorable, lo que da lugar a que los supuestos de hecho realizados con anterioridad se beneficien de esa nueva orientación en la política legislativa y criminal. La ley 9/1985 varió la política legislativa y criminal respecto del aborto estableciendo una serie de supuestos en los que se producía la despenalización cuando concurren determinadas situaciones conocidas en la doctrina penal con el nombre de indicaciones.*”

⁶⁴³ Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I. En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 2197.

⁶⁴⁴ El Código Penal de 1995, cit. artículo 7 “*a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.*”

⁶⁴⁵ La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996 de 22 de mayo, dispone que el artículo 7 del Código Penal, deja sin resolver algunos supuestos que pueden plantear dudas como los delitos continuados, permanentes, habituales o delitos de tracto sucesivo en que parte de las acciones se han realizado antes de la vigencia del nuevo Código y otras cuando ya está en vigor. (Pág. 1)

Delito continuado: se produce con una pluralidad de hechos, que pueden cometerse vigentes varios Códigos Penales. Ejemplo es la estafa continuada durante varios días con una tarjeta de crédito ajena. En estos casos cuando el nuevo texto punitivo prevea penas más beneficiosas, será de aplicación. Sin embargo cuando dichas penas se endurezcan, (no cabe la aplicación ultraactiva o prórroga de la legislación anterior) habrá de estarse a la valoración de si la pluralidad de hechos cometidos bajo la vigencia del nuevo texto punitivo más grave, conformarían delito continuado, por sí, lo que permitiría incorporar hechos cometidos bajo la legislación precedente. Si sólo una de las acciones se ha realizado vigente el nuevo Código más gravoso y ésta constituye en unión con otras acciones anteriores un delito continuado, a través de la individualización de pena se buscará un *quantum penológico* con arreglo al nuevo Código Penal, que hubiera podido aplicarse también, conforme a la legislación derogada. Se castigará con una limitación: la pena no puede superar la que fuese imponible con el anterior texto. Excepcionalmente en los casos en que no sea posible lo expuesto, (al no ser posible una pena inferior a

Disposición Transitoria Segunda

“Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el

ese tope marcado por la legislación anterior) se producirá la ruptura de la continuidad delictiva siempre que el resultado penológico no perjudique al reo.

En este sentido se pronuncia la Circular 2/1996 de 22 de mayo. Pág. 2 y ss. También STS de 31 de octubre de 2001. Resolución 2030/2001. Sala Penal. Ponente José Ramón Soriano Soriano. Fundamento de Derecho Primero Punto 5 *“Un solo hecho no da lugar a la aplicación de la continuidad delictiva (art. 74 CP). Tal continuidad integrada por hechos realizados bajo la legislación precedente, que daban lugar a la aplicación del delito continuado (art. 69 bis C de 1973), deben absorber al hecho aislado, regido, en principio, por el Código de 1995. Ante el conflicto, no ultraactividad de la ley penal anterior y retroactividad de la ley desfavorable posterior, debe prevalecer este último principio. Bastará con que una parte del presupuesto haya sido realizado bajo la ley anterior para que no pueda ser de aplicación la posterior. En conclusión, debemos afirmar que, ante el conflicto, el principio más importante en la sucesión de Leyes, es el de la irretroactividad de las no favorables, desde el momento que el referido principio se halla garantizado directamente por la Constitución (art. 9.3 CE)”*. En este sentido BEJERANO GUERRA, F., En *“Disposiciones de Derecho Transitorio en la Ley Orgánica 15/2003”*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. La Reforma Penal nº 30 3ª Época. Enero 2005. Pág. 111.

Delito habitual. La comisión se repite en el tiempo por el mismo sujeto activo del delito. Tienen normativa similar al delito continuado y cuando la norma posterior es más beneficiosa, procederá su aplicación. En caso contrario, se valora si la habitualidad surgió durante los hechos regulados bajo la norma reformada, aplicando en este caso la pena conforme a aquellos preceptos. Si el hábito existe bajo la regulación posterior más grave se aplicará esta regulación, integrando las acciones anteriores, siempre que lo sucedido desde la entrada en vigor del código posterior, sea bastante para apreciar habitualidad. Cuando proceda habitualidad, contemplando hechos anteriores y posteriores, se aplicará la ley más beneficiosa. (art. 94 CP son reos habituales los que hubiese cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo durante un plazo no superior a 5 años y hayan sido condenados por ello).

Criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1996. Pág. 2 y ss.

Delitos de tracto sucesivo. En los que se exige la realización de varios actos o de un tracto sucesivo, para que se produzca el tipo delictivo. Deberán realizarse todos los actos bajo el período de la nueva regulación si esta fuera más gravosa para el reo. Ejemplo de este tipo delictivo es el artículo 227 del CP, impago de pensiones.

Delitos permanentes Permanencia en una actividad delictiva que está en desarrollo sin solución de continuidad. Ejemplo son los delitos de detenciones ilegales y abandono de familia, cuyo sujeto activo sólo atenta contra un bien jurídico, pero de manera continuada. Conforme a STS de 7 de junio de 1988. Sentencia 1422. Sala Penal. Ponente Enrique Ruiz Vadillo. Recurso de Lina. Fundamento Jurídico Quinto. *“Se produce la permanencia en una actividad delictiva que se está desarrollando sin solución de continuidad y que va siendo regulada normativa y sucesivamente por distintas leyes. Si el inculcado ha llevado a cabo la conducta típica que da lugar al delito, que tiene el carácter de permanente, vigente la nueva y más grave ley, no hay duda de que ésta ley la que haya de aplicarse porque estando ya en vigor la nueva norma penal, el sujeto activo del delito ha realizado los actos a los que se refiere la descripción típica del precepto, supuesto distinto al que se refiere una conducta permanentemente delictiva, cuya penalidad se ve favorecida con el paso del tiempo en cuyo caso, la norma más favorable tiene, como ya se ha dicho, efectos retroactivos”*. También jurisprudencia y doctrina consideran delito permanente, los de tráfico de drogas y los de colaboración e integración en banda armada o terrorista. En este sentido STS 21 de diciembre de 1990. Sala Penal. Ponente Luis Vivas Marzal. Fundamento de Derecho Segundo. *“Tratándose de delitos permanentes, se están cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica comisiva, y en tanto en cuanto persista la antijuridicidad del comportamiento o de la acción que se prolonga en el tiempo, y si, durante ese periodo de infracción sostenida del ordenamiento penal, y antes del cese de los efectos antijurídicos de la infracción, entra en vigor una norma penal más rigurosa, ésta será aplicable a esa porfiada conducta, sin que ello suponga retroactividad alguna "ad malam partem”* Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I., En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Ob. Cit. Pág. 2.198.

trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo”.

La aplicación de Ley más favorable, requiere comparación, en bloque de la pena aplicable al hecho enjuiciado, conforme al CP derogado y al nuevo.⁶⁴⁶ Exige audiencia al reo, el proceso de revisión, en casos donde no sea concluyente cual es la Ley más favorable, para determinar la benevolencia de la nueva legislación, en aras de una más acertada resolución.⁶⁴⁷

En cuanto a la redención de penas por el trabajo, remite a las penas impuestas conforme al CP de 1973 y no es susceptible de aplicación, este beneficio, a penas impuestas conforme al vigente Código Penal.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Esta Disposición parece suscribir la tesis de la doctrina mayoritaria en cuanto a la necesidad de ponderar la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código” En “Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 912.; No es admisible escoger preceptos más favorables de cada una creando una suerte de *lex tertia*. Prohíbe la aplicación conjunta de disposiciones de ambos Códigos o de forma fragmentada y debe atender al caso concreto para determinar la ley más favorable. Se prescinde de elementos de individualización vinculados al ejercicio del arbitrio judicial, en revisión de sentencias firmes. En este sentido el Tribunal Supremo ha mantenido los requisitos para revisión de condenas firmes y debe atenderse a la pena principal señalada al delito cometido y no a las accesorias (STS 1 de febrero y 23 de junio de 1871); es más favorable la ley que establece penas pecuniarias que la que establece penas privativas de libertad (STS 8 de marzo 1947 y 20 de enero de 1966); la privación de libertad por más tiempo es más grave que la que priva por tiempo inferior (STS 6 de febrero de 1947); entre dos penas de igual máximo, es más benigna la de mínimo más reducido (STS 13 de abril de 1871).

⁶⁴⁷ Vid. STS 14 de junio de 1997. Resolución 857/1997. Sala Penal. Ponente José Antonio Martín Pallín. Fundamento de Derecho Primero y Único “El texto de la Disposición Transitoria Segunda, es taxativo en este sentido, en relación con el artículo 2.2 CP. No se puede soslayar el trámite previsto por el legislador. Se hará con asistencia de letrado que ilustre al interesado sobre la conveniencia o ventajas que proporciona una u otra solución. En este sentido PEDRAZ PENALVA, E., El Tribunal Supremo ha venido manteniendo esta postura, de manera general, y ha procedido a la anulación de la resolución denegatoria, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior para que oído el interesado, asistido de su letrado, el Tribunal resuelva de nuevo. En “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 564.

⁶⁴⁸ Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I., No pueden redimir penas quienes, por aplicación directa del nuevo Código o por revisión de la sentencia anterior, cumplan una pena impuesta con la nueva normativa. En revisión de sentencia, no se podrá tener en cuenta, el tiempo ya redimido y habrá que efectuar la liquidación con arreglo íntegramente al nuevo Código Penal. “Disposiciones Transitorias” En Comentarios al Código Penal. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Ob. Cit. Pág. 2.207; Circular 1/1996 de 23 de febrero, sobre régimen transitorio del Código Penal de 1995. Pág. 5.

Disposición Transitoria Tercera.

*“Los Directores de los establecimientos penitenciarios remitirán a la mayor urgencia, a partir de la publicación del nuevo Código Penal, a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria, relación de los penados internos en el Centro que dirijan, y liquidación provisional de la pena en ejecución, señalando los días que el reo haya redimido por el trabajo y los que pueda redimir, en su caso, en el futuro conforme al artículo 100 del Código Penal que se deroga y disposiciones complementarias.”*⁶⁴⁹

Disposición Transitoria Cuarta.

*“Los Jueces o Tribunales mencionados en la disposición anterior procederán, una vez recibida la anterior liquidación de condena, a dar traslado al Ministerio Fiscal, para que informe sobre si procede revisar la sentencia y, en tal caso, los términos de la revisión. Una vez haya informado el Fiscal, procederán también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo.”*⁶⁵⁰

El proceso de revisión de sentencias se realiza, desde la *publicación del Código*, a través de auto, cuya eficacia debe coincidir con su entrada en vigor. Practicada la liquidación se dará traslado al Ministerio Fiscal para informe, sobre el proceder de la revisión y en caso afirmativo su contenido. Del mismo se dará traslado al reo y a su

⁶⁴⁹ Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I., Revisión que remite el Centro Penitenciario al Juez o Tribunal que conoce de la ejecutoria, en la que señala el día de liquidación definitiva de la pena impuesta al reo, partiendo del disfrute de la redención de penas por el trabajo durante el tiempo de extinción. La liquidación ha de hacerse de manera individualizada y debe contener mención a las redenciones obtenidas (art. 100 CP derogado) así como el cálculo de las previsibles redenciones de futuro, con el objetivo de fijar la duración efectiva de la pena impuesta conforme a la anterior legislación e incluso las redenciones extraordinarias. En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Ob. Cit. Pág. 2.210; Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996 de 23 de febrero, Pág. 6.

⁶⁵⁰ Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I., A pesar de dirigirse la anterior disposición y la presente a revisión de sentencias firmes de penas privativas de libertad que se están ejecutando, debe aplicarse en el mismo sentido para penas privativas de derechos y aquellas pendientes de ejecución. En *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Ob. Cit. Pág. 2.210 y ss.

letrado para informe. Contra el auto que declare la no revisabilidad de la condena de ejecución, cabe interponer recurso.⁶⁵¹

Disposición Transitoria Quinta

“El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o Secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales, la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de este Código.

Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.

No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

*Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo al Código derogado y al nuevo, corresponda, exclusivamente, pena de multa”.*⁶⁵²

Deben ser revisadas sentencias firmes en ejecución o pendientes de ejecución, con tres excepciones: las suspendidas por aplicación de normas sobre condena condicional; aquellas en ejecución, si el condenado se encuentra en libertad condicional; y aquellas cuya pena sea una multa con ambas legislaciones.⁶⁵³

⁶⁵¹ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996 de 23 de febrero.

⁶⁵² Esta Disposición, fija el ámbito objetivo de sentencias que deben ser revisadas y facilita criterios que determinan la ley más favorable, para establecer el contenido de la aplicación retroactiva del Código Penal.

⁶⁵³ Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I., Con la regla de taxatividad, la comparación con la pena impuesta debe partir de la duración efectivamente impuesta. Si el margen en el que el Juzgador puede operar contempla la pena impuesta no se revisará. Si no lo contempla se procederá a revisar la sentencia, igual que si no se

Disposición Transitoria Sexta

“No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal en el futuro pudiera tenerlas en cuenta, a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código.

*En los supuestos de indulto parcial, no se revisaran cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendido en un marco imponible inferior, respecto al nuevo Código”.*⁶⁵⁴

Para sentencias firmes conforme al texto refundido de 1973, se ha de aplicar, de manera retroactiva, el plazo más beneficioso de la prescripción del delito, siempre que dicho plazo se hubiera producido antes de la sentencia. Puede alegarse prescripción del delito, si ha transcurrido el plazo, en momentos en los que no existía sentencia firme.

La prescripción de penas puede aplicarse retroactivamente, cuando haya sentencia firme. De hecho el CP de 1995 introdujo plazos de prescripción de penas inferiores a las existentes con arreglo a la legislación de 1973.

A los efectos de reincidencia, ha de estudiarse si los hechos contenidos en la misma han quedado despenalizados para no tenerlos en cuenta. La cancelación de antecedentes penales corresponde al órgano sentenciador, que debe remitir a la Administración, la cancelación por despenalización.

Disposición Transitoria Séptima

“A los efectos de apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el

hubiese dictado sentencia. En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Dirigidos por Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II. (Artículos 234 a Disposiciones Finales). Ob. Cit. Pág. 2216 y ss.

⁶⁵⁴ Serán revisables aquellas sentencias que hayan devenido firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena. Por tanto procederá la revisión, en cualquier caso, de sentencias relativas a conductas que hayan quedado despenalizadas y en supuestos en que, efectuada la labor comparativa, resulte que la pena impuesta excede a la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

*Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”.*⁶⁵⁵

La reincidencia afecta a *delitos comprendidos en el mismo Título*. El CP de 1995 procedió a la reordenación sistemática de los tipos penales y a una agrupación distinta de los mismos atendiendo al bien jurídico protegido, por ello suprimió algunos Títulos y otros fueron definidos por vez primera. A efectos de reincidencia se entienden incluidos, los delitos del texto anterior con análoga denominación, cuyo ataque vaya dirigido del mismo modo a idéntico bien jurídico. La similitud de denominación ha de interpretarse en el sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical.⁶⁵⁶

Disposición Transitoria Octava

*“En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de este Código fuera la de arresto de fin de semana, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer. Si la pena fuera la de multa, se considerará que cada día de arresto sustitutorio que se haya impuesto o pudiese imponer el Juez o Tribunal conforme al Código que se deroga, equivale a dos cuotas diarias de la multa del presente Cuerpo legal”.*⁶⁵⁷

Disposición Transitoria Novena

“En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:

⁶⁵⁵ Las modificaciones en la valoración de hechos sentenciados y no revisados tendrán relevancia a efectos de concesión de suspensión de penas privativas de libertad. Si la condena anterior no revisada, se refiere a hechos que no están penalizados en el nuevo CP o han sido convertidos en falta, se debe entender como delincuente primario y será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior, no pudiendo servir de base para apreciar la reincidencia.

⁶⁵⁶ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996 de 23 de febrero. Pág. 11.

⁶⁵⁷ Al establecerse la pena de arresto de fin de semana, se crea un módulo comparativo a los efectos de revisión de las condenas pendientes de ejecutar o de los hechos pendientes de juzgar cometidos con anterioridad. Se prevé que cada arresto de fin de semana tenga su equivalencia en dos días de localización permanente, situación que evitaría un buen número de revisiones.

- a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo Código.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos del nuevo Código, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho”.⁶⁵⁸

Disposición Transitoria Décima

“Las medidas de seguridad que se hallen en ejecución o pendientes de ella, acordadas conforme a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, o en aplicación de los números 1º y 3º del artículo 8, o del número 1º del artículo 9 del Código Penal que se deroga, serán revisadas conforme a los preceptos del Título IV del Libro I de este Código y a las reglas anteriores”.

En aquellos casos en que la duración máxima de la medida prevista en este Código sea inferior al tiempo que efectivamente hayan cumplido los sometidos a la misma, el Juez o Tribunal dará por extinguido dicho cumplimiento y, en el caso de tratarse de una medida de internamiento, ordenará su inmediata puesta en libertad”.

⁶⁵⁸ Determina los cauces procesales, una vez transcurrido el plazo de “vacatio legis”, para la valoración de la norma penal más favorable cuando se haya dictado sentencia y la misma se encuentre pendiente de recurso. Las diferencias se establecen en base al tipo de recurso y el estado de su tramitación. En sentencias no firmes establecen las bases de los recursos: Para el recurso de apelación, diferencia los ya formalizados de los que se formalicen con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Para los últimos se aplicarán las disposiciones más favorables. En el supuesto de encontrarse formalizado, procede la celebración de vista para que las partes puedan hacer la valoración sobre la norma penal más favorable y el Tribunal alcance la correcta formación de una convicción fundada. Para el recurso de casación, aún no formalizado, se muestra la formalización del mismo, basado en nuevas reglas para alegar infracciones legales existentes. Para la casación interpuesta, el Tribunal Supremo dará un nuevo traslado al recurrente, de oficio o a instancia de parte, para que en 8 días, adapte, los motivos alegados de la nueva ley. Del recurso modificado, se instruirán, el Ministerio Fiscal y las partes, continuando con la tramitación.

Se refiere, a medidas de seguridad, que previamente a la vigencia del Código de 1995, constaban reguladas en Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, sin que las mismas constasen en el Código Penal de 1944, ni en posteriores reformas.⁶⁵⁹

Disposición Transitoria Undécima

1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:

- a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurran en el hecho dos o más circunstancias agravantes.*
- b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.*
- c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.*
- d) La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.*
- e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.*
- f) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.*
- g) La pena de multa impuesta en cuantía inferior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de dos a tres meses”.*⁶⁶⁰

Trata, esta disposición, de adecuar las penas establecidas en leyes penales especiales vigentes, después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, que deben ser aplicadas por la Jurisdicción Ordinaria. Elabora un cuadro de equivalencia, para que las penas fijadas en la legislación especial sean sustituidas por las fijadas en la presente DT.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ Las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas aplicadas a una persona, en función de la peligrosidad del hecho cometido. No se imponen en función de la culpabilidad, porque precisamente este requisito falta para poder responder penalmente. Sin embargo el hecho cometido es antijurídico, no siendo del todo imputable el sujeto pasivo, por diversos motivos establecidos legalmente que hacen, al sujeto, merecedor de unas consecuencias diferentes a las penas. Comportan la restricción de derechos y son impuestas por órganos de la Jurisdicción Penal. La peligrosidad debe estar probada, ya que no caben, en nuestro derecho las medidas predelictuales, siendo requisito para su imposición, la peligrosidad del sujeto y la comisión de un delito previo.

⁶⁶⁰ Las cuantías expresadas en pesetas equivalen a 601,01 euros, de conformidad con el artículo 2 de la L.O. 10/1998 de 17 diciembre, complementaria de la Ley sobre introducción del Euro («B.O.E.» 18 diciembre).

⁶⁶¹ La equivalencia o conversión no es proporcionada en algunos casos y concretamente en aquellos supuestos, donde el Código derogado establecía penas a imponer en varios grados (grado mínimo, medio o máximo) en función de la culpabilidad del sujeto, situación que ha desaparecido en el Código actual.

Disposición Transitoria Duodécima

“Hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa”

Ésta DT ha sido derogada por Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El resto de Disposiciones siguen vigentes, en todo lo que no haya sido específicamente regulado por Leyes de reforma posteriores al Código Penal.

2.3 DERECHO TRANSITORIO EN LEYES PENALES POSTERIORES AL CÓDIGO PENAL

Existe una actividad legislativa posterior a la promulgación de LO 10/1995 de 23 de noviembre, que sin duda debe ser objeto de examen, por el interés del Derecho Transitorio contenido en dicha normativa.

Dentro de la variada y amplia actividad legislativa, destacamos las siguientes Leyes Orgánicas cuyo tratamiento a efectos de Derecho transitorio tienen relevancia en relación a efectos de irretroactividad o retroactividad.

- *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* Contiene una única Disposición Transitoria.⁶⁶² Exime de responsabilidad

Para adecuar ambas legislaciones se procedió a la división en tres tramos de las penas para formar los grados mínimo, medio y máximo, del mismo modo que el Código Penal derogado, disponía en sus artículos 78 y 79.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996 de 22 de mayo, sobre régimen transitorio del nuevo Código Penal señala en el apartado *Incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores* “una pena de prisión de seis meses a tres años, se fragmenta en tres períodos iguales: seis meses a un año y cuatro meses; un año, cuatro meses y un día a dos años y dos meses; y dos años y dos meses y un día a tres años.” No alcanza a penas establecidas en el Código Penal Militar, cuyas penalidades se apartan de la clásica división establecida en el Código derogado.

⁶⁶² Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero. BOE nº 11 de 13 de enero. Págs. 1422-1441. Disposición Transitoria Única 1. *A los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley por los menores sujetos a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que se deroga, les será de aplicación la*

penal a los menores de 14 años, mantiene las medidas acordadas conforme a la LO 4/1992, vigente en el momento de comisión de los hechos, salvo para menores de 18 años en supuesto de prisión igual o superior a dos años, que serán sustituidas por medidas previstas en la nueva Ley y en caso de pena inferior a 2 años de prisión puede imponerse libertad vigilada, por tiempo restante de cumplimiento. Los menores de 18 años sujetos a prisión preventiva serán trasladados a un centro de reforma, salvo que el Ministerio Fiscal aconseje el mantenimiento de la medida de prisión. Estas decisiones se adoptarán a través de auto recurrible en apelación.

- *Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. Al igual que la anterior, consta de una Única Disposición Transitoria.⁶⁶³ Modifica el Código Penal en los artículos 90 y 93.2 para

legislación vigente en el momento de su comisión. Quienes estuvieren cumpliendo una medida de las previstas en la citada Ley Orgánica 4/1992 continuarán dicho cumplimiento hasta la extinción de la responsabilidad en las condiciones previstas en dicha Ley. 2. A la entrada en vigor de la presente Ley, cesará inmediatamente el cumplimiento de todas las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992 que estuvieren cumpliendo personas menores de catorce años, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades. 3. A los menores de dieciocho años, juzgados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal de 1973, en las leyes penales especiales derogadas o en la disposición derogatoria del Código Penal vigente, a quienes se hubiere impuesto una pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley, dichas penas les serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en esta Ley, a instancia del Ministerio Fiscal, previo informe del equipo técnico o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. A tal efecto, se habrá de dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas a los menores comprendidos en los supuestos previstos en este apartado. 4. Si, en los supuestos a los que se refiere el apartado anterior, la pena impuesta o pendiente de cumplimiento fuera de prisión inferior a dos años o de cualquiera otra naturaleza, se podrá imponer al condenado una medida de libertad vigilada simple por el tiempo que restara de cumplimiento de la condena, si el Juez de Menores, a petición del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor, su representante legal, la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores y el propio sentenciado, lo considerara acorde con la finalidad educativa que persigue la presente Ley. En otro caso, el Juez de Menores podrá tener por cumplida la pena y extinguida la responsabilidad del sentenciado. 5. Las decisiones del Juez de Menores a que se refieren los apartados anteriores se adoptarán mediante auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Audiencia Provincial. Los Jueces de Menores deberán adoptar estas decisiones en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Durante este plazo la situación del menor no se verá afectada. 6. En los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la presente Ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma. Los que se hallaren sujetos a prisión preventiva a la entrada en vigor de la Ley serán excarcelados y conducidos a un centro de reforma a disposición del Ministerio Fiscal. Si el Ministerio Fiscal estima procedente el mantenimiento del internamiento, deberá solicitarlo en el plazo de cuarenta y ocho horas del Juez de Menores, quien convocará la comparecencia prevista en el artículo 28.2. Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, el Juez instructor acordará lo que proceda, según lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley.

⁶⁶³ BOE nº 156 de 1 de julio de 2003. Pág. 25274-25278. Disposición Transitoria Única: “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con

endurecer los requisitos de acceso a la libertad condicional. Así mismo modifica los artículos 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria para acorazar la concesión del tercer grado penitenciario. Estas modificaciones serán aplicadas desde su entrada en vigor.

- *Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.*⁶⁶⁴ La DT Cuarta, introduce una nueva pena privativa de libertad, la localización permanente que es consagrada en el artículo 37 del CP, desapareciendo la pena de arresto de fin de semana.⁶⁶⁵ Sin precedentes de esta pena en la legislación penal previa, obligó a establecer un módulo comparativo a efectos de revisión de condenas pendientes de ejecutar o de hechos pendientes de juzgar, cometidos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.⁶⁶⁶ Modificó la sustitución de penas privativas de libertad reguladas en el artículo 88 del Código Penal, y cada arresto de fin de semana tiene su equivalencia en dos días de localización permanente. Permite sustituir pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad, al suprimir el arresto de fin de semana.⁶⁶⁷

independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

⁶⁶⁴ BOE nº 283 de 26 de noviembre de 2003. Pág.41841-41875.

⁶⁶⁵ Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, cit. DT Cuarta “*En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión*”.

El Código Penal de 1995, cit. artículo 37 “*1.La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado 2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada. 3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468. 4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo*”.

⁶⁶⁶ Vid. BEJERANO GUERRA, F., Resulta más benigna la pena de localización permanente por varias razones: la pena de arresto de fin de semana era calificada como menos grave y la de localización no se encuentra en dicha escala; la ejecución de fin de semana conlleva una restricción más gravosa del derecho a la libertad, en cuanto la localización permanente obliga al penado a permanecer en el centro penitenciario más cercano al domicilio de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde reside, mientras que en la pena de localización permanente el lugar de cumplimiento es su domicilio o en lugar fijado por el Juez en sentencia, pero no contempla, expresamente el cumplimiento en centro penitenciario. En “*Disposiciones de Derecho Transitorio en la Ley Orgánica 15/2003*”. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. La Reforma Penal nº 30 3ª Época. Ob. Cit. Pág. 122 y ss.

⁶⁶⁷ Código Penal de 1995, cit. artículo 88 “*1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado*

- *Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.* Contiene tres DDTT que reproducen íntegramente las tres primeras de la Ley 15/2003. La DT Primera aborda la cuestión de la aplicación del derecho objeto de la reforma, teniendo en cuenta que sólo se aplicará esta Ley para delitos y penas cometidos posteriormente a su entrada en vigor.⁶⁶⁸ La mayor parte de los preceptos se dirigen a ampliar el marco punitivo *aplicable a conductas típicas ya reguladas o a regular nuevas conductas anteriormente no previstas.*⁶⁶⁹ La DT Segunda, trata de revisión de sentencias.⁶⁷⁰ Posibilita al Consejo

así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código. 2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente. 3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”

⁶⁶⁸ La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, cit. DDTT Primera “1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso, será oído el reo.”

⁶⁶⁹ Cfr. ROBLES PLANAS, R., Algunos preceptos de la nueva Ley son más favorables, para lo que habrá de determinarse la ley más favorable con la comparación entre ambas normativas, a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales. Es preceptiva la audiencia al reo, a pesar de la expresión “en cualquier caso” para la condena ya producida, que debe ser informado en términos comprensibles sobre la revisión y los efectos de la misma. No tiene carácter vinculante, sin embargo útil cuando no puede establecerse con claridad la ley penal más favorable. En “*El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*”. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinadora Nuria Pastor Muñoz. Editorial La Ley. Grupo Wolters-Kluwer. Primera Edición. Enero 2012. Pág. 761.

⁶⁷⁰ Ley Orgánica 5/2010 de 12 de enero, cit. DT Segunda “1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley.

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más

General del Poder Judicial para asignar a Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales, la revisión de ejecución de sentencias penales, previas a la reforma. De no ser así, es competente, el órgano que dictó la sentencia en primera instancia.⁶⁷¹ La DT Tercera, determina cauces procesales, para valorar la norma penal más favorable, tras sentencia o pendiente de recurso, transcurrida la “*vacatio legis*”.⁶⁷² Las diferencias se establecen en virtud del tipo de recurso y del estado de la tramitación del mismo.

favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional. Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.”

⁶⁷¹ Cfr. ROBLES PLANAS, R., La comparación es entre la pena individualizada y el marco que la nueva ley establece. Se revisarán, en todo caso, aquellas sentencias de conductas despenalizadas y aquellas en las que la pena efectivamente impuesta exceda de la que correspondería imponer en aplicación a los nuevos preceptos. A los efectos de establecer la legislación más favorable, no se considera tal, cuando la duración de la pena anterior impuesta con sus circunstancias, sea también aplicable con la nueva ley. Se exceptúa el supuesto de que la nueva ley prevea, para el mismo hecho, una pena no privativa de libertad, debiendo revisar, entonces, la sentencia. Quedan excluidas de revisión, las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión, previo al cumplimiento efectivo de la misma; los que se encuentren en libertad provisional; tampoco las sentencias cuya pena sea multa por ambos Códigos; las que tengan la pena ejecutada o suspendida, aún pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo (como la responsabilidad civil); tampoco en los supuestos de indultos parciales, cuando la pena resultante se encuentre en un marco imponible inferior respecto a la nueva ley. En “*El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*”. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinadora Nuria Pastor Muñoz. Ob. Cit. Pág. 763 y ss.

⁶⁷² Ley 5/2010 de 22 de junio, cit. DT Tercera “*En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:*

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho”.

- *Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*. Contiene cuatro DDTT, donde queda establecido el régimen aplicable en relación a la sucesión de la Ley que se promulga. La DT Primera alude al momento de comisión del hecho para la aplicación de la Ley (mantiene la regla *tempus regit actum*) y a la aplicación de la norma que beneficie al reo, teniendo en cuenta las medidas de seguridad y en todo caso con audiencia al reo.

La DT segunda, se pronuncia sobre la revisión de sentencias, que continúa la línea seguida hasta ahora, sin revisión de sentencias en suspenso y en las que se disfrute de libertad condicional. Tampoco se revisaran las penas de aquellos que disfruten del indulto, salvo que la nueva ley prevea una pena inferior o incluso su despenalización. Si se revisaran aquellas en que la nueva ley prevea una pena alternativa no privativa de libertad.

La DT tercera, apunta la normativa aplicable en materia de recursos, en el mismo sentido que lo expuesto hasta ahora.

La DT cuarta, referente a la tramitación de los juicios de faltas, distingue varios supuestos: a) si la falta es calificada en la nueva regulación como delito leve, se rige por lo dispuesto en el libro IV de la LECrim.; b) si la falta ha sido despenalizada o se exige denuncia previa, siempre que la misma lleve aparejada responsabilidad civil, continúa su tramitación normal, salvo renuncia expresa del ejercicio de la acción civil por el legitimado para ello, con el visto del Ministerio Fiscal. Si la tramitación continúa se limitará el fallo al pronunciamiento sobre responsabilidad civil, exclusivamente.

-*Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1996 de 23 de noviembre en materia de terrorismo*. Modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en respuesta a crímenes producidos por la amenaza yihadista, (además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, incorpora preceptos que regulan ataques de nuevos ataques terroristas).⁶⁷³

⁶⁷³ Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1996 de 23 de noviembre, modifica los artículos 517 a 580 del Código Penal de 1995 y facilita una nueva redacción de lo que se considera terrorismo que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que ahora pasa a tener la siguiente redacción en el artículo 573 del Código Penal apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: *1ª) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de*

No contiene ninguna Disposición Transitoria

-Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana. Contiene esta ley, una Única Disposición Transitoria regula la sucesión de ambas leyes de seguridad ciudadana, según la que los procedimientos sancionadores iniciados a la entrada en vigor de la presente Ley, siguen por la regulación del momento de comisión, a excepción de que la nueva regulación sea más favorable para el interesado.⁶⁷⁴

3. DOCTRINA PAROT

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de octubre de 2013 (caso Inés del Río Prada) considera contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos la llamada *doctrina Parot* y anula con efectos retroactivos todos los pronunciamientos en este sentido. Esta decisión internacional afecta directamente al Estado español y no ha estado exento de debates que se encuentran lejos del contexto judicial.⁶⁷⁵

El pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, Sentencia 197/2006, ponente Julián Sánchez Melgar, con carácter novedoso establece la forma de cumplimiento de la condena total en supuestos de acumulación de varias condenas “*Se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en*

hacerlo; 2.º) Alterar gravemente la paz pública; 3.a) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.º) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

⁶⁷⁴ Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, cit. DT Única “Los procedimientos sancionadores iniciados a la entrada en vigor de ésta Ley se regirán por la legislación anterior, salvo que esta Ley contenga disposiciones más favorables para el interesado”.

⁶⁷⁵ Dispone la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “En cuanto las normas relativas a la aplicación de beneficios penitenciarios a fin de reducir la pena a cumplir se consideran abarcadas por el concepto de “pena” y por tanto sujetos al principio de legalidad del artículo 7 del Convenio, a pesar de que formalmente formen parte de la ejecución de la pena. La separación entre “pena a aplicar” y “ejecución de la misma” deja de ser nítida, cuando las normas relativas a la segunda afectan significativamente a la duración de la pena a cumplir por el sujeto”.

la condena total resultante”.⁶⁷⁶ Decisión que supone un giro en la interpretación que venía haciendo el Tribunal Supremo, en relación con el cómputo de redención de penas por trabajo en aplicación de los artículos 70.2 y 100 del CP 1973.⁶⁷⁷

El CP de 1973 permitía aplicar redenciones a presos condenados para acortar las penas, y así el tiempo real de prisión se veía reducido por estos beneficios penitenciarios, de manera que tanto el condenado como el sistema judicial y penitenciario tenían expectativas y evolucionaban en base a esta situación real de cumplimiento.⁶⁷⁸

Tras la entrada en vigor del CP de 1995, la DT Segunda, permite redimir penas con todos sus efectos a reos condenados por el CP 1973.

3.1 SENTENCIA 197/2006. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

La STS 197/2006 resuelve el Recurso de Casación, por infracción de ley, contra el Auto dictado por la Sala Primera de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Continúa la STS 197/2006: “*En conclusión, siendo los hechos que han sido aisladamente enjuiciados, susceptibles de ser considerados conexos, en los términos que ya hemos analizado con anterioridad, que en este caso es palpable, pues como ha señalado la propia Sala de instancia, todos los delitos por los que ha sido condenado “se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista E.T.A.”, ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo. Y ello porque, habiéndose impuesto las penas en distintos procesos, y no pudiendo aplicar criterio cronológico corrector alguno (en tanto que todos los hechos cometidos son anteriores a la primera condena impuesta), se está en el caso de aplicar la regla segunda del art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, y en su consecuencia, estimando el motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, declarar la limitación del cumplimiento de las penas relacionadas en los antecedentes de esta resolución judicial en la suma referida de treinta años de prisión, que se cumplirán sucesivamente, en los términos anteriormente razonados.*”

⁶⁷⁷ El Tribunal Supremo había modificado su doctrina en relación a redención de penas. En sentencia del TS de 08 de marzo de 1994 manifestaba que el límite de 30 años previsto en el artículo 70.2 del CP de 1973 debía ser interpretado como “*una nueva pena y autónoma*” sobre la cual debían aplicarse las redenciones de pena. Sin embargo en STS de 28 de febrero de 2006 pasó a considerar que el límite de 30 años no da lugar a una pena distinta de las sucesivamente impuestas al reo, sino que tal límite supone el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Por todo ello, las redenciones de pena debían aplicarse sobre cada una de las penas impuestas de forma separada y no sobre el límite máximo de 30 años.

⁶⁷⁸ Ciertamente es que esta doctrina supone un desequilibrio de condenados por un solo delito respecto de delincuentes múltiples, que ven premiada su hazaña, al encontrarse con penas de hasta 5.000 años de prisión, conociendo el límite máximo establecido en 30 años que incluso podía verse reducido hasta el tercio en aplicación de beneficios penitenciarios.

⁶⁷⁹ La representación legal del condenado, interpuso Recurso de Casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 en relación con los artículos 17.5 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y vulneración de artículos 9.3 (principio de irretroactividad de las leyes), 14 (principio de igualdad) y 25.2 (principio de legalidad de las leyes) de CE.

Al hilo de esta fundamentación, el artículo 70.2 del Texto Refundido de 1973 dispone: “*No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder*

El Fundamento Tercero de la Sentencia señala “*Nuestro derecho penal vigente instaaura, un sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos que se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 CP 1973 y art. 73 CP 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1ª CP 1973; art. 75 CP 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2ª CP 1973; art. 76 CP 1995) (....) En consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas(....) De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito*” (STS 1919/2001, de 26 de octubre).⁶⁸⁰

del tripo del tiempo por el que se le impusiera la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan, desde que las ya impuestas cubrieran el máximo del tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubiesen impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.”

⁶⁸⁰ Continúa el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia 197/2006 (...) Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española, ni resulta propiamente tampoco de la ley. En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor.

Continúa la sentencia en FJ Tercero: (...) Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la condena total resultante (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada), se ha de operar con un criterio de conexidad. El apartado segundo de la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973, dispone que “la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo” (párrafo éste adicionado por la Ley 3/1967, de 8 de abril). Esa conexión puede ser de diversas clases: la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5ª del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respecto a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15.4.1994 y 27.4.1994), decantándose por un sentido hermenéutico de la llamada “acumulación de condenas”, que responda a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha

El Fundamento de Derecho Cuarto razona la imposición de la condena, “una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”.⁶⁸¹

Durante la vigencia del CP 1973, cuando un sujeto cometía varias acciones, que daban lugar cada una a un delito, se aplicaban las reglas del concurso real regulado en el

devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente Código penal, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico.”

⁶⁸¹ Sigue el FJ Cuarto “Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código penal se refiere a la limitación resultante con el término de “condena”, de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas “penas” impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triplo del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará “de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 69 del Código penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluriofensivo, ex art. 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo “por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas”; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), “determinando el máximo de cumplimiento de las mismas” (expresado de igual forma así de claro).

artículo 69.⁶⁸² Cuando no era posible el cumplimiento simultáneo, al ser penas de prisión, se aplicaban las reglas 1ª y 2ª del art. 70 del texto refundido.⁶⁸³

El criterio de conexidad del último párrafo del artículo 70, ha sido interpretado con flexibilidad, siempre que la primera condena fuese posterior en el tiempo, al último de los hechos delictivos cometidos, porque demuestra que todos los hechos podrían haberse enjuiciado en un mismo proceso.⁶⁸⁴

Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y el cumplimiento de la DT Primera, se revisaron sentencias con el fin de aplicar el texto más favorable. Los Tribunales, basaron sus decisiones en que la pena resultante de aplicar la regla segunda del artículo 70 CP, debería contar con la redención de penas por trabajo y con esa previsión legal de disminución del máximo de condena, los penados optaron por uno u otro Código.⁶⁸⁵

La STS 197/2006 considera el máximo de cumplimiento de condena fijado en treinta años, en aplicación de la regla segunda del art. 70 CP 1973, como límite máximo de tiempo durante el que el sujeto debe permanecer en prisión, porque los beneficios penitenciarios del artículo 100 (CP 1973) no se aplican en conjunto a esa cifra máxima

⁶⁸² Dispone el art. 69 del Texto Refundido de 1973 “*Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las distintas infracciones para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, por la naturaleza o efectos de las mismas*”.

⁶⁸³ La primera regla del art. 70 Texto Refundido de 1973, establecía que debía seguir el orden de la respectiva gravedad de las distintas penas para su cumplimiento sucesivo por el condenado. La segunda, establecía un máximo de cumplimiento de la condena del culpable que no podía exceder del triplo del tiempo de la más grave de las penas impuestas, dejando de extinguir las que procediesen desde que las ya impuestas cubriesen ese máximo, que no podía exceder de treinta años.

⁶⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., El pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 manifiesta que no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación. En “*Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*” Ob. Cit. Pág. 323; STS 30 de enero de 2004. Resolución 105/2004. Sala Penal. Ponente Miguel Colmenero Pérez de Luarda. Fundamento de Derecho Primero. *La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hayan podido ser enjuiciados en un solo proceso de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior al tercero, por lo que sólo se debe excluir cuando los hechos de la sentencia posterior ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las anteriores (SSTS 15-4 y 23-5-1994, 20-2-1995, 15-7-1996 y 11-1-1997), señalando la Sentencia de 30 de mayo de 1997 que en la refundición de condenas debe seguirse una interpretación generosa a favor del reo y que únicamente se deben excluir de la refundición aquellas condenas cuyos hechos ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las sentencias anteriores, ya que ello impide que pudiera seguirse en una misma causa (STS 26 de mayo de 1998).*; NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., En “*La Doctrina Parot y el fallo del TEDH en el Asunto del Río Prada C España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*” UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época nº 9. 2013. Pág. 381.

⁶⁸⁵ A pesar de establecer el Código Penal de 1995 penas de prisión, de menor duración, que las previstas en el Código Penal de 1973, la supresión en el nuevo Código de redención de penas por el trabajo (beneficios penitenciarios) seguía haciendo más beneficioso la aplicación del Código anterior. Por ello muchos internos se beneficiaron de esta interpretación que concebía el máximo de cumplimiento de condena, como una nueva pena independiente y autónoma a la que debía aplicarse la redención de penas por el trabajo -optando por la aplicación del Código Penal de 1973-.

de 30 años, sino a todas y cada una de las penas a las que el sujeto ha sido condenado en sentencia firme, de manera individual.⁶⁸⁶

3.2 POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

El Tribunal Supremo justifica la aplicación de la doctrina Parot, por diversa razones: 1º) Carece de sentido ofrecer el mismo trato punitivo a un sujeto que ha cometido un solo delito castigado con treinta años de prisión, que a otro que ha cometido 50 delitos con una pena de hasta 1.500 años de prisión; 2º) Forma humanitaria de ejecución e ilógica equiparación punitiva, contraria al valor de justicia proclamado en la CE; 3º) La doctrina en ningún caso constituye una violación del artículo 25.2 de la Constitución (las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, al no ser éstos los únicos fundamentos de la pena); 4º) Niega la vulneración del derecho a la legalidad al que vienen referidos los artículos 25.1 y 9.3 de la CE, porque la doctrina supone una interpretación novedosa y más ajustada al tenor literal de las normas; 5º) La prohibición de retroactividad, no abarca a la interpretación jurisprudencial, conforme con los artículos 25.1 y 9.3 CE, ciñéndose exclusivamente a la ley; 6º) Niega vulneración del principio de igualdad (art.14 CE), pues el condenado al que se aplica, no puede disfrutar de la interpretación anterior.

Basa esta postura en que el Tribunal Constitucional ha manifestado que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad.

⁶⁸⁶ Empezaría a cumplir, en primer lugar, la pena más grave por la que hubiese sido condenado a la que se le aplicarían, los beneficios penitenciarios que le correspondieran. Siendo esa pena de 30 años, podría redimirla hasta 20, aplicando el artículo 100 del texto de 1973 y después de esos 20 años, empezaría a cumplir la siguiente más grave. Si ésta fuese de 15 años y hubiese redimido hasta 10, por aplicación del artículo 100 citado, ya no tendría que cumplir más penas, habiendo permanecido en prisión 30 años con la suma de estas dos condenas, que es el cumplimiento máximo fijado, conforme al artículo 70 del texto de 1973.

El artículo 70 del Código Penal de 1973 dispone “*en los casos en que el cumplimiento de las penas no sea posible, como sucede con las penas de prisión, se procederá a su cumplimiento sucesivo, siguiendo a tal efecto el orden de su gravedad yendo de más a menos.*”

3.2.1 CONTRARIOS A LA DOCTRINA PAROT

Los magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez, miembros de la Sala Penal del Tribunal Supremo alzaron votos particulares en contra del criterio expuesto en la sentencia 197/2006, para manifestar que esta doctrina vulnera los principios de legalidad, la prohibición de retroactividad y el principio de igualdad, citando expresamente el primero *“lo que propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”*.⁶⁸⁷

El punto central del voto particular, consiste en señalar que el cambio de política criminal no podía justificar una ruptura del principio de legalidad denunciando que por esta falsa vía se introducía una aplicación retroactiva, contraria a las reglas constitucionales.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ Puntos Tercero y Cuarto del voto particular a la sentencia resolutoria del recurso de casación 598/05P, (...) *se transforma en otra de la misma naturaleza, pero distinta. Distinta porque en ella se integran las diversas penas para formar una sola. Y porque la magnitud de ésta difiere (a veces extraordinariamente, como aquí) del conjunto de las originarias. De este modo es como surge la pena de cumplimiento...a extinguir por el reo. Ciertamente que, todavía en principio, pues sobre ella según ese mismo Código Penal, operará normalmente (en realidad por regla general) la redención de penas por el trabajo; que según la previsión del artículo 100, incide sobre las impuestas una vez tratadas conforme a las mencionadas reglas de aplicación “para el cumplimiento”*.

Este planteamiento se ha seguido en votos particulares contrarios a sentencias del Tribunal Supremo que han aplicado la “doctrina Parot” Entre estos el voto a la STS de 14 de noviembre de 2008. Resolución 734/2008. Sala Penal. Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto Particular del Magistrado Luciano Varela Castro: *“Su criterio implica, en mi modesta opinión, una flagrante vulneración, no solamente del derecho a la tutela judicial efectiva, al imponer la cesación de efectos de una decisión jurisdiccional firme, sino del derecho a la libertad, pues aquella implica un plus de condena de varios años a quien el Estado, a través del Poder Judicial había decidido fijar el día en que había de ponerse en libertad. Decisión del Poder Judicial que contaba con la más plena y expresa aquiescencia del Ministerio Fiscal tan sorprendente como arbitrariamente mudada”*; STS de 22 de diciembre de 2008. Resolución 898/2008. Sala Segunda. Ponente: Joaquín Delgado García. Voto Particular del Magistrado Joaquín Giménez García *“Que por sentencia de esta Sala 197/2006 de 28 de Febrero --caso Parot--, se inaugura un nuevo cómputo en contra del reo, no autoriza, a mi juicio, extender hacia atrás, dicha interpretación sin quiebra del principio de irretroactividad de las normas penales perjudiciales”*; a STS de 8 de febrero de 2013. Resolución 101/2013. Sala Segunda. Ponente: Manuel Marchena Gómez. Voto Particular del Magistrado Joaquín Giménez García *“La pena resultante de la acumulación es la pena final y definitiva sobre la que deben operar los beneficios penitenciarios a que hubiese lugar, rechazando en consecuencia la doble operación de acumular las penas, en una pena final, pero no definitiva, sino que los beneficios deben operar sobre las penas individualmente impuestas, esto es, desacomuladas con el límite de los treinta años que se fijaba en el CP 1973”*.

⁶⁸⁸ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, BAQUER, L., La versión que ofrece la sentencia “del Río” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye *“Los jueces disidentes estimaron, por último, que al no haber sido previsto por el viejo Código Penal de 1973, el método utilizado por la mayoría se traduce en una aplicación retroactiva e implícita del nuevo artículo 78 del Código Penal de 1995, tal como quedó una vez modificado por Ley Orgánica 7/2003; Estimaron que esta interpretación contra reo derivaba de una política de ejecución íntegra de las penas extraña al Código Penal de 1973, que podía ser fuente de desigualdades y que iba en contra de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (STS 8 de*

3.3 SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo se pronuncia frente al Recurso interpuesto por la representación procesal de Inés del Río, miembro perteneciente al grupo terrorista ETA, (a quién le fue aplicada la “*doctrina Parot*”) por la posible vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁶⁸⁹ Estima, este Tribunal, vulnerados los artículos 7 (principio de legalidad) y 5 (derecho a la libertad) del Convenio.⁶⁹⁰

1º.- El Tribunal concluye que cuando se cometieron los hechos por la recurrente e incluso al momento de dictar sentencia, conocía el alcance de la pena impuesta, de 30 años con aplicación de redenciones de penas por el trabajo, conforme al CP 1973, vigente al momento de comisión. Por tanto la nueva jurisprudencia dejó inoperante el artículo 100 del CP 1973 que regulaba la redención de días por el trabajo realizado en prisión.

2º.- Cuestiona si la aplicación de la doctrina Parot a la recurrente, ha modificado las formas de ejecución de la pena impuesta y el alcance de dicha pena (indicando que sólo las que atañen al alcance de la pena se encuentran dentro del ámbito del artículo 7 del CEDH) y afirma que el Tribunal debe decidir caso por caso lo que la pena impuesta

marzo de 1994, 15 de septiembre de 2005 y 14 de octubre de 2005); Declaraba que ninguna política criminal podía justificar tal ruptura del principio de legalidad, ni siquiera en el caso de un terrorismo sanguinario e impenitente como el contemplado en este asunto. En “*El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo*”. En Revista Española de Derecho Administrativo. Enero-Marzo 2015. Pág. 170.

⁶⁸⁹ Inés del Río Prada, fue condenada por diferentes procesos seguidos ante la Audiencia Nacional a 3.200 años y 6 meses de prisión. La Audiencia Nacional consideró que la ley penal más favorable era la aplicación del CP 1973, teniendo en cuenta la limitación del cumplimiento máximo de condena prevista. Con fecha 30 de noviembre de 2000 la Audiencia Nacional notificó a la condenada, la acumulación de penas en atención a lo establecido por resolución previa y fijó en 30 años de prisión, la duración total del cumplimiento de todas las condenas privativas de libertad. Se estableció el 27 de junio de 2017 como fecha de liquidación de condena, al llevar en prisión desde el 6 de julio de 1987. El 24 de abril de 2008, el centro penitenciario en el que se encontraba cumpliendo condena, señaló el 2 de julio de 2008, como fecha de su puesta en libertad, tras haber aplicado redenciones de pena por trabajos efectuados desde 1987. Sin embargo en mayo de 2008, la Audiencia Nacional solicitó a las autoridades penitenciarias que anularan la fecha prevista para la puesta en libertad y realizaran un nuevo cálculo basado en la “*doctrina Parot*”. Por auto de 23 de junio de 2008, la Audiencia Nacional señaló el 27 de junio de 2017, como fecha de puesta en libertad de la condenada. Ante dicho auto, la representación legal de Inés del Río, presentó recurso de amparo al Tribunal Constitucional que fue inadmitido el 17 de febrero de 2009, al establecerse que la recurrente no había justificado la pertinencia constitucional de sus denuncias. Ante dicha inadmisión se acudió ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en agosto de 2009, dictando sentencia, éste Tribunal, el 10 de julio de 2012 y ratificando dicho fallo, la Gran Sala el 21 de octubre de 2013, siendo firme y vinculante dicha sentencia.

⁶⁹⁰ Dispone el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.”

implica realmente en el Derecho interno. Según el Tribunal Europeo la aplicación por la Audiencia Nacional de las nuevas modalidades de imputación de redenciones de pena, a raíz de la publicación de la doctrina Parot, no se limitan a modificar la ejecución de la pena impuesta, sino que ha redefinido su alcance y por ello el auto de 23 de junio de 2008 de prolongación de pena, se encuentra dentro del ámbito del artículo 7 del CEDH.

3º.- Plantea si la “*doctrina Parot*” era razonablemente previsible, es decir si ésta doctrina responde a una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia española. El Tribunal Europeo, habiendo examinado la evolución jurisprudencial española, concluye que ni en el momento en que se pronunciaron las condenas, ni tampoco en el momento en que se le notificó la acumulación de penas a la interesada, se apuntaba una tendencia en el sentido que la sentencia de 28 de febrero de 2006 impuso, por lo que resultaba imposible prever la modificación de la jurisprudencia en tal sentido.⁶⁹¹

4º.- Se pregunta el Tribunal Europeo, si la permanencia en prisión desde 02 de julio de 2008 (fecha inicialmente prevista por el centro penitenciario para su puesta en libertad, -auto de licenciamiento-) es legal. No duda que ha sido condenada en el marco de un procedimiento prescrito por Ley y en virtud de sentencia dictada por Tribunal competente. Pero no podía prever, razonablemente, que las modalidades de imputación de redenciones por el trabajo, serían objeto de una modificación jurisprudencial, por el Tribunal Supremo que le sería aplicada. Por ello la prolongación en 9 años de la pena de prisión no era previsible cuando se dictó el Auto de acumulación de condenas y nada hacía prever esa nueva situación.

Una vez firme la sentencia del Tribunal Europeo, el grado de afección para España responde al carácter declarativo y su cumplimiento está sujeto a lo establecido en el artículo 46.1 del Convenio Europeo.⁶⁹² El Estado demandado queda libre, bajo el control del Comité de Ministros, para elegir un medio de cumplimiento, si bien en el presente supuesto, no cabe otro medio que la puesta en libertad de la recurrente.

Impone también la sentencia, al Estado español, la obligación de abonar a la demandada, dentro del plazo de tres meses, a partir de la sentencia definitiva, una indemnización en concepto de daño moral, más las cargas fiscales correspondientes.

⁶⁹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2012 (42750/09).

⁶⁹² Convenio Europeo de Derecho Humanos, cita artículo 46.1 “*Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.*”

3.4 POSICIONES DOCTRINALES

3.4.1 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

El profesor GARCÍA-PABLOS, en su artículo “*La soledad de las víctimas en Estrasburgo*” afirma que la condena por el Tribunal de Estrasburgo a España, en el caso de Inés del Río, es una condena anunciada, que no ha sorprendido a nadie.

En defensa de la llamada “*Doctrina Parot*”, manifiesta que evitaba el absurdo de que los beneficios penitenciarios tuvieran los mismos efectos para un condenado a 22 años de prisión, que para un condenado a 3.000 años de prisión (caso Inés del Río),⁶⁹³ aunque la vía jurisprudencial, por la que se acordaba, no era la más adecuada, ni era conforme a la legislación española. Sin embargo, esta doctrina permitía la posibilidad de que el condenado cumpliera condena, con el máximo de pena previsto en la Ley.⁶⁹⁴

No estamos ante una aplicación “*in peius*” de la ley posterior, sino ante un cambio “*in peius*” de la doctrina jurisprudencial.⁶⁹⁵ El Tribunal de Estrasburgo no ha revocado la “*Doctrina Parot*” (doctrina que proviene de una sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de febrero de 2006) sino que ha revocado la aplicación retroactiva de esta doctrina, -lo único que puede prohibir-, conforme al Convenio Europeo.

En opinión del mencionado profesor a los delitos cometidos después de la sentencia del Tribunal Supremo 28/02/2006, se les puede aplicar la *Doctrina Parot*, sin que exista ninguna prohibición al respecto, porque a partir de ese momento ya no existe aplicación “*retroactiva*” de la doctrina jurisprudencial, sino una aplicación jurisprudencial para el futuro.⁶⁹⁶

⁶⁹³ Lo que llama el profesor García-Pablos de Molina, *Tarifa Plana para delinquir*, al ser lo mismo una condena de 22 años que de 3000 años, pues al aplicar los beneficios penitenciarios como se estaba realizando hasta la Doctrina Parot, el límite máximo de cumplimiento siempre eran 30 años y sobre ese límite se aplicaban los beneficios penitenciarios.

⁶⁹⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*La soledad de las víctimas en Estrasburgo*”. Diario La Razón 28 de octubre de 2013.

⁶⁹⁵ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., Carece de fundamento la pretensión de extender a los cambios de orientación de la doctrina jurisprudencial desfavorable para el reo, la garantía de la irretroactividad de las leyes penales que le perjudiquen, consagrada en el art. 9.3 CE. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias*” Vol. II. Ob. Cit. Pág.881.

⁶⁹⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias de Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 320 y ss.

3.4.2 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 21 de octubre de 2013, recalca, entre otros puntos, que la Ley en cuanto tal, así como la jurisprudencia que la interpreta, deben asegurar determinados requisitos cualitativos, como la accesibilidad y la previsibilidad. Entiende que si los Estados son libres de modificar su política criminal, deberán hacerlo respetando las reglas del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las exigencias del principio de legalidad, y especifica que el Convenio prohíbe de manera absoluta la aplicación retroactiva del Derecho penal, en cuanto resulte en detrimento del interesado.

A esto se suma la conclusión europea, de que la ampliación de la pena, realizada por el Tribunal español, ha resultado ilegal en el periodo añadido de privación de libertad, porque no existe título legítimo que lo justifique, produciéndose la vulneración del artículo 5 del CEDH.

El sistema de Estrasburgo exige, en relación a la “*calidad de la ley*”, para dar cumplimiento al principio de legalidad, una ley que contenga, *accesibilidad* y *previsibilidad*, para que el reo conozca el alcance efectivo de la condena que corresponde a su delito.

La separación de poderes conlleva la independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo y siempre ha de respetarse.

Los autores de hechos, objeto de esta doctrina, han rendido cuentas a la justicia, han sido condenados en un juicio justo con todas las garantías, y han de cumplir una pena de prisión que, trunco sus vidas, para no obtener otra cosa que “*matar a un hombre*”.

No es de recibo, para este autor, el atajo utilizado por el Estado español, pretender colar la política criminal a través de un cambio jurisprudencial, ante la falta de un trabajo que debió hacerse en su momento. La irretroactividad, exigencia europea, es también una imposición de nuestra Constitución, cuya “*Doctrina Parot*” evidencia una importante falta de madurez constitucional.⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., En “*El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo*”. Revista Española de Derecho Administrativo. Enero-Marzo 2015. Ob. Cit. Pág. 187 y ss.

3.4.3 MANZANARES SAMANIEGO

La refundición de penas ha ido encaminada a aplicar la penalidad resultante de límites temporales máximos señalados por Ley, en nuestro país, desde el inicio de la codificación.⁶⁹⁸ El criterio de la conexidad ha dado solución al problema planteado por el concurso de penas, apoyado en razones de resocialización del reo y de rechazo a penas inhumanas y degradantes.

Sin embargo la acumulación jurídica que realiza la Sentencia 197/2006 de 28 de febrero, tropieza con el límite máximo de los treinta años marcado en la regla 2ª del artículo 70 del CP de 1973, aplicable al caso, según las fechas de comisión de los delitos. Criterio que compagina mal con la proscripción de la indefensión contenida en el art. 24.1 CE.

El triunfo del recurso se ha desvirtuado por una argumentación “*de puertas para adentro*” que, ajena en sí misma a la cuestión debatida, conduce a una conclusión más grave aún que la recurrida. El camino elegido por el Tribunal Supremo no ha sido solicitado por el recurrente. No se ha actuado conforme a la doctrina de la voluntad impugnativa y ha roto con la unidad punitiva que la conexión conformaba, obviando cualquier referencia a los artículos 15 y 25.2 de la CE, tantas veces citados, para ampliar el concepto de conexión con el propósito de resocialización del reo y de evitar largos encarcelamientos abocados a convertirse en penas inhumanas y degradantes.⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, JL., La acumulación jurídica de las penas, desconocida aún en nuestros Código Penales de 1848 y 1850, se inicia con el art. 89 CP de 1870, a tenor de cuya regla segunda «el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que proceda desde que las ya impuesta cubrieren el máximo del tiempo predicho», añadiendo que «en ningún caso podrá dicho máximo exceder de cuarenta años». Es el mismo texto recogido después en el art. 89 CP de 1932, si bien reduciendo el segundo límite a treinta años. El art. 70 CP de 1944 mantiene los dos dinteles del triplo de la pena más grave y de los treinta años, pero el anterior «máximo de duración de la condena del culpable» se convierte en «máximo de cumplimiento de la condena del culpable». De otro lado, se dejan de «extinguir «las penas que procedan, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho. El art. 76 CP de 1995 adjetiva el cumplimiento como «efectivo», lo que introduce en el precepto una novedad de difícil interpretación. También rebaja el límite máximo a 20 años, aunque con excepciones de hasta 25 y 30 en determinados supuestos. Por último, la Ley 7/2003, de 30 de junio, amplía el listado de excepciones hasta los 40 años. La sustitución del «dejar de imponer» por el «dejar de extinguir» en los Códigos Penales de 1944 y 1995 podría tener gran importancia doctrinal para la creación o no de una pena única. Todo indica, sin embargo, que ese efecto pasó desapercibido al legislador. Tanto el art. 70 CP de 1944 como el art. 76 CP de 1995 se ubican, al igual que el art. 89 CP de 1870, en una sección del capítulo referente a la aplicación de las penas, siendo así que los Códigos Penales de 1870, 1932 y 1944 relegaban su ejecución y cumplimiento a un capítulo posterior. El Código Penal de 1995 prescinde de esa segunda regulación. En “*Las Tribulaciones de la Doctrina Parot*”. Revista La Ley Nº 8178. Año XXXIV. 25 de octubre de 2013. Pág. 1.

⁶⁹⁹ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, JL., En “*Acumulación de Penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot)*” En Derecho Penal y

3.4.4. VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU

El Tribunal Supremo entendió que el beneficio de redención de penas por el trabajo, consagrado en el art. 100 CP había de aplicarse a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, en vez de al máximo de cumplimiento, como hasta ese momento se venía realizando. En el caso Parot, la Audiencia Nacional rechazó la acumulación de penas, por entender, conforme solicitó la fiscalía, que existían dos periodos en la actividad terrorista de Parot perfectamente diferenciados, con una interrupción de dos años.⁷⁰⁰ Para los autores citados, *el Tribunal Supremo hizo lo que ni siquiera podía hacer la ley: aplicar retroactivamente una nueva regla relativa al modo de cumplimiento de la condena que perjudica al reo en tanto que alarga considerablemente su estancia en prisión.*⁷⁰¹

El ponente de la STS 197/2006, explica que la doctrina Parot se fundamenta “*en que no debe ser lo mismo el cumplimiento efectivo cuando se trate de un delincuente que haya sido condenado por un solo delito que el seriado criminal que tiene a sus espaldas un amplio historial delictivo*”.⁷⁰²

Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina, esta situación no corresponde adoptarla al Tribunal Supremo, es una decisión de legitimación política y no jurídica.⁷⁰³ El juez independiente ha de aplicar el Derecho objetivamente vigente y, si ello es así no puede decidir libremente lo que es y lo que no es Derecho.

Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Editorial Dykinson. 2006. Pág. 857 y ss.

⁷⁰⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, TS/CUERDA ARNAU, ML., Era una obviedad que se trataba de delitos conexos, relacionados todos ellos con su actividad en ETA y cometidos antes de la primera sentencia condenatoria. El único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es temporal, sino de conexidad. En “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Editorial Constitutio Criminalis Carolina. Pág. 748.

⁷⁰¹ Cfr. VIVES ANTON, TS/CUERDA ARNAU ML., Al Tribunal Supremo sólo le quedaba garantizar que la nueva regla tendría los mismos efectos vinculantes que si fuera una ley. Para ello tenía nuevamente que hacer una “*interpretación novedosa*” de las normas que regulan el derecho de acceso a los recursos, que, paradójicamente, en lugar de servir para reforzar los derechos fundamentales, se dirige a consagrar definitivamente la limitación que del derecho a la libertad había operado su previa doctrina. En “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ob. Cit. 757.

⁷⁰² Vid. SÁNCHEZ MELGAR, JA., En “*La vigencia de la “doctrina Parot” entrelazada con el caso “Troitiño”*”. Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas”. Diario La Ley Nº 7642. Año XXXII. 1 de junio de 2011.

⁷⁰³ Vid VIVES ANTON, TS/CUERDA ARNAU, ML., Los cambios de criterio en asuntos de repercusión mediática dan una imagen de nuestra jurisdicción capaz de dejar desolado al ciudadano medio y debieran suscitar entre los académicos una reacción menos complaciente de la que se tiene. En “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ob. Cit. Pág. 759.

Frente a las sentencias distinguidas con la *Doctrina Parot*, se interpusieron recursos de amparo que no fueron admitidos, en su mayoría, a trámite. Tan sólo fueron estimados alguno de ellos, bajo vulneración, prioritariamente, del principio de legalidad, porque el problema es de legalidad al encontrarse limitado en el art. 70 CP 1973, el máximo de cumplimiento de condena y no poder superar el triplo de tiempo por el que se le impone la más grave.

Es necesario plantearse, según estos autores, sí el Tribunal Supremo ha respetado ese canon constitucional de certeza, claridad y previsibilidad, teniendo en cuenta que la interpretación se realiza de una Ley ya derogada y de manera imprevisible y diferente a la realizada hasta ese momento.

Se ha aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable al reo, que no ha pasado por alto el TEDH, y que apunta a la falta de previsibilidad, para el ciudadano de ese cambio. Con buen criterio entienden, VIVES ANTÓN/CUERDAARNAU, que la *Doctrina Parot* no es una interpretación posible de la Ley, aunque pretende predicar la irretroactividad de la Ley en sentido formal.

La crónica de una muerte anunciada, para VIVES ANTON, era evidente, por la concepción de Ley subyacente a la “*Doctrina Parot*” porque una cosa es lo que el texto quiere decir y otra lo que puede leerse en él, siendo inseparable el contenido normativo que expresa; por la concepción de Ley que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo lugar primordial está ocupado por el principio de legalidad, en el sistema de protección del Tratado, sin que pueda existir ninguna suspensión del mismo, ni en caso de guerra, advirtiendo que se consagra el principio de legalidad de los delitos y penas sin que pueda aplicarse la ley penal de modo extensivo contra reo y ordena que pena y delito estén claramente definidos por Ley (condición que se cumple cuando el justiciable conoce con la definición legal y su interpretación judicial los actos y omisiones prohibidos y la pena aplicable -idea de previsibilidad-); por el concepto formal de Ley y su significado lingüístico que no puede desvincularse de las prácticas aplicativas en las que se concretó su contenido normativo; por ser la *Doctrina Parot* un cambio normativo contrario a la Constitución; porque el respeto al principio de legalidad y con él a la prohibición de retroactividad constituyen un elemento necesario para que pueda afirmarse que se vive en un Estado de Derecho y no tendría ningún

sentido que el enfrentamiento entre terrorismo y Estado de Derecho se inclinase a favor del primero.⁷⁰⁴

3.4.5 NUÑEZ FERNANDEZ

La sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, con fecha 21 de octubre de 2013, implica una interpretación del principio de legalidad que se extiende a la jurisprudencia en virtud de la cual no cabe una aplicación retroactiva de la misma contra reo, lo que choca con la doctrina del Tribunal Constitucional en su interpretación de los artículos 9.3 y 25.1 CE.⁷⁰⁵

La línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 2008, con la sentencia Kafkaris contra Chipre, en relación a normas de aplicación de beneficios penitenciarios, a fin de reducir la pena a cumplir, se considera abarcada por el concepto de “pena” y por ello sujeta al principio de legalidad del artículo 7 CEDH, a pesar de encontrarse, formalmente, como parte de la ejecución de penas.

La separación entre “*pena a aplicar*” y “*ejecución de la misma*” deja de ser nítida, cuando las normas relativas a la segunda afectan significativamente a la duración de la pena a cumplir por el sujeto.

3.4.6 GÓMEZ BENÍTEZ

El Tribunal Europeo ha declarado por unanimidad que España ha mantenido ilegalmente en prisión a la recurrente desde el año 2008, al aplicar la *Doctrina Parot*, haciendo inútil la redención de penas por el trabajo, realizada por la condenada, conforme a la legislación que le era aplicable, e imponiendo una pena imprevisible objetivamente en el momento de comisión de los hechos.

Recuerda, el Tribunal Europeo, la vigencia del CP 1973 hasta la entrada en vigor del CP 1995, salvo normas contrarias a la CE 1978, entre las que no se encuentran la

⁷⁰⁴ Vid. VIVES ANTON, TS/CUERDA ARNAU, ML., En “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ob. Cit. Pág. 768 y ss.

⁷⁰⁵ Cfr. NUÑEZ FERNANDEZ, J., En “*La Doctrina Parot y el fallo del TEDH en el Asunto del Río Prada C España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*”. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 9 (3ª época). Ob. Cit. Pág. 407 y ss.

aplicación de beneficios penitenciarios a cualquier condenado, ni la imposibilidad de cumplimiento superior a 30 años, a pesar de la existencia de condenas milenarias.

Advierte del cumplimiento de la sentencia, por parte del Estado, a través del poder judicial, órgano independiente del poder ejecutivo.⁷⁰⁶

3.4.7 CUERDA RIEZU

La fundamentación ética, jurídica e incluso política de la *doctrina Parot*, es que no se puede castigar de la misma manera al que comete un asesinato que al que comete un centenar. Sin embargo la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Inés del Río Prada, pone de relieve que esa proporcionalidad, que perjudica a la persona condenada, se busca al margen o por encima de lo que dispone la Ley, y no se adecúa al principio de legalidad que reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por el contrario si el órgano judicial recurre a la proporcionalidad para reducir la pena o sanción, es decir para beneficiar, es obvio que no vulnera el principio de legalidad penal. Es, pues, misión del legislador establecer mecanismos para lograr la tarea distributiva de dar a cada uno lo suyo, pero no lo es del órgano judicial, cuando tiene que forzar la Ley.⁷⁰⁷

La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, diferencia entre “*pena en sí*” y “*ejecución de la pena*”, aunque en España y de manera equivalente se habla de *determinación legal y judicial de la pena y determinación administrativa o penitenciaria de la pena*.

Para este autor la STS 197/2006, vulnera garantías constitucionales por pertenecer el art. 70 regla 2ª del Código Penal de 1973 a la determinación legal de la pena;⁷⁰⁸ supone una analogía prohibida para poder aplicar el sentido de la norma

⁷⁰⁶ Vid. GÓMEZ BENITEZ, JM., En “*El final de la doctrina Parot*”. Diario El País, 21 de octubre de 2013.

⁷⁰⁷ Vid. CUERDA RIEZU, A., En “*La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*”. Iustel Primera Edición. 2014. Pág. 141.

⁷⁰⁸ Vid CUERDA RIEZU, A., Son normas de determinación legal de la pena por varias razones: este artículo 70.2 estaba incluido en el Capítulo “*De la aplicación de las penas*” en el CP; las normas del concurso eran y son normas penales porque afectan al presupuesto y consecuencia de la pena individual en todos los supuestos de concurso; la prohibición de retroactividad rige respecto a algunas normas de Derecho procesal y penitenciaria y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales prevista en el art. 9.3 CE prevalece sobre la Ley Orgánica General

posterior a la norma anterior o para evitar la desincriminización operada por Ley posterior; se aplica el art. 70.2 del Texto Refundido de 1973, con efectos ultraactivos, porque en virtud del principio *tempus regit actum* y la no aplicación retroactiva del Código Penal posterior, por ser menos beneficioso y al no estar en vigor dicho precepto, el Tribunal Supremo no tiene legitimidad para modificar la interpretación de la norma en sentido perjudicial para el reo, al no poder ser contrarrestada por el poder legislativo; desde el derecho a la tutela judicial efectiva, se omitió la audiencia al reo, que en supuestos de retroactividad venía exigida por el art. 23 Texto Refundido de 1973 y por el 2.2 Código Penal vigente e incluso en la DT Segunda vigente.⁷⁰⁹

3.4.8 MUÑOZ CLARÉS

La Sentencia de la Sala Segunda supone un exceso voluntarista, en la medida en que se resolvía una cuestión que el recurrente no había planteado, que era la forma de cumplir las sucesivas penas impuestas, a lo que procedió la Sala con la finalidad evidente de resolver por vía jurisprudencial lo que se debió haber remediado en su día por vía de modificación legal. Introdujo un tema a decidir carente de solicitud de parte para ser reformada a peor, tras paradójicamente darle la razón en el único motivo propuesto (atinente a la fragmentación de la carrera criminal de Parot en dos períodos).⁷¹⁰

Parte la Sala Segunda de una definición de pena incongruente con el objeto del debate y que desborda los fines constitucionales establecidos por el art. 25.2 CE, identificando en la pena un componente de reinserción que se ha de compatibilizar con finalidades estrictamente retributivas y “de justicia”.

Identifica la prevención especial con un componente aflictivo en la pena, conectado con impulsos de política criminal que respecto al límite de 30 años remite al

Penitenciaria y el Reglamento General Penitenciario y extiende sus efectos a las mismas. En “*La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*”. Ob. Cit. Pág. 145 y ss.

⁷⁰⁹ Vid. CUERDA RIEZU, A., No es suficiente cualquier motivación para evitar la vulneración del art. 14 CE, sino una argumentación que en concreto explique las razones que aconsejan y fundamentan el cambio jurisprudencial. En “*La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*”. Ob. Cit. Pág. 168 y ss.

⁷¹⁰ Vid. MUÑOZ CLARES, J., En “*Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos*”. Editorial Aranzadi S.A. 2014. Pág. 58 y ss.

legislador de 1870, sin haber hecho uso desde la Constitución vigente de lo expresamente reconocido en el art. 4.2 del Código Penal.⁷¹¹

4. TOMA DE POSTURA. RECAPITULACIÓN

La Constitución, como norma suprema de nuestra legislación, es el centro desde el que debe interpretarse el Ordenamiento Jurídico, para confirmar la legalidad del mismo y la inconstitucionalidad de aquellas normas, anteriores, que resulten incompatibles con ella.

La irretroactividad que proclama la Carta Magna en el artículo 9.3 y consolida el 25.1 CE y el 2.3 CC prohíbe la retroacción de toda legislación, *es post facto*, que pueda perjudicar *el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*, dejando el camino abierto a la posible aplicación retroactiva de la Ley, cuando esta legislación suponga un beneficio o mejora en las consecuencias punitivas del que lesiona el presupuesto establecido en el precepto típico. Cualquier modificación de este tipo de normas, debe ser aprobado, modificado o derogado de acuerdo a una mayoría, que aporte estabilidad y legitimidad al Ordenamiento Jurídico, la Ley Orgánica, que por el consenso especial requerido, evita movimientos sectarios del parlamento gobernante en cada momento, que puedan influir en la formulación de preceptos.

El artículo 25.1 proclama el principio de legalidad que se impone con rotundidad en el ámbito penal tanto para el legislador como para el aplicador de la Ley. Al margen de la retroactividad quedan, por imperativo legal, los derechos fundamentales, reconocidos en el capítulo I del texto constitucional.

Entre el momento de comisión de los hechos y el enjuiciamiento, puede existir una sucesión de leyes, que sitúan al juez, en el momento de su aplicación, ante el análisis de determinar la correctamente destinada a tal efecto, optando en todo caso por la que más beneficie al reo, en abstracto. Labor, ésta, complicada, si no existen criterios o no están claramente definidos, en leyes en sucesión, teniendo que acudir al Derecho transitorio, en general, precisado en los artículos 9.3 CE, 2.3 y Disposiciones

⁷¹¹ Cfr. MUÑOZ CLARES, J., A través del citado artículo podría el Poder Judicial haber alertado al Poder Legislativo sobre las consecuencias que se avecinaban, ya que los primeros atentados del grupo terrorista ETA se producen en la época de transición y una reforma penal en 1979 hubiese reducido el problema a una exigua minoría de imputados por crímenes anteriores a esta fecha. En “*Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos*”. Ob. Cit. Pág. 60 y ss.

Transitorias del CC, y de manera específica, en el artículo 2.2 y Disposiciones Transitorias del CP, para valorar el precepto aplicable.

La posibilidad de aplicar leyes con carácter retroactivo, en beneficio del reo, es un principio exclusivo del Derecho Penal, que no comparten otras ramas del Ordenamiento y que choca con la regla “*tempus regit actum*”, imperante.

La aplicación retroactiva de una corriente jurisprudencial ha sido cuestionada por la doctrina, al no ser fuente del Derecho, situación que coloca al Poder Judicial al margen de las fuentes creadoras de normas, siendo su función la de crear doctrina a través de pronunciamientos reiterados sobre cuestiones que guarden identidad de hechos.

La *doctrina Parot* vulnera, pues, desde el prisma expuesto, varios principios informadores del Ordenamiento Jurídico español, reconocidos en el texto constitucional vigente: *el principio de legalidad penal*, porque en aplicación de la garantía material, los delitos y penas deben estar claramente definidos por Ley previa, a la comisión de los hechos, de manera que sea previsible el alcance de la pena y con ello la aplicación de los beneficios penitenciarios a la pena impuesta, en su caso; *el principio de irretroactividad penal* (art. 9.3 CE), manifestación del citado anteriormente, al aplicar una posición jurisprudencial (ni siquiera es ley) de manera retroactiva en perjuicio del reo, mediante un giro interpretativo, la nueva postura en el análisis de los art. 70.2 y 100 del texto refundido de 1973; *el principio de seguridad jurídica* que garantiza la inamovilidad de situaciones amparadas por el Ordenamiento Jurídico, y su vulneración lesiona expectativas generadas en aplicación de una Ley, dando lugar a una incertidumbre judicial que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; *el principio de igualdad* (art. 14 CE) porque el cambio jurisprudencial producido, no era previsible y los condenados con autos de licenciamiento previos a la fecha 28 de febrero de 2006, no fueron objeto de ésta doctrina, que alargó la estancia en prisión del resto de condenados; y *el derecho a la libertad* (art. 17 CE) al impedir el acceso a este derecho de todo condenado, una vez cumplida la pena impuesta.

Los Recursos de Casación contra Autos de licenciamiento definitivo, fueron inadmitidos por el Tribunal Supremo, en la mayoría de los supuestos, impidiendo el pronunciamiento sobre cuestiones de resultaban vulneradoras de la Ley, produciendo un giro jurisprudencial, que prolongaba de un día para otro la libertad de muchos reclusos, ante la mirada impasible de la plana judicial.

CAPITULO IV

SUPUESTOS CONTROVERTIDOS Y POLÉMICOS

1. ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS

1.1 LEYES PENALES FAVORABLES Y SU ALCANCE

El artículo 2.2 del Código Penal consagra *“la retroactividad expresa de las normas penales más favorables al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”*.⁷¹²

La Ley penal más favorable, en general, lo será tanto por el ámbito de lo punible, cuanto por la consecuencia jurídica a imponer y reglas de determinación.

1.1.1 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

En opinión de ANTÓN ONECA, toda Ley penal debería ser retroactiva. La nueva norma manifiesta exigencias de defensa social y concepciones ético-jurídicas dominantes en este momento, sin embargo, las normas desfavorables no son retroactivas porque tropiezan con derechos adquiridos del individuo a no ser castigado por hechos, ni con penas que no estuviesen previamente establecidos.⁷¹³

⁷¹² En este sentido el Tribunal Supremo justifica la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable para el reo. STS de 13 de julio de 2001. Resolución 1385/2001. Sala Penal. Ponente Cándido Conde-Pumpido Touron. Fundamento de Derecho Segundo. *“Esta disposición (art. 2.2 CP) tiene su fundamento en que las conductas realizadas con anterioridad a una modificación legislativa, que por disposición soberana del Legislador han dejado de ser delictivas o son sancionadas ahora más benévolamente, deben ser favorecidas por esta consideración más benigna, por elementales razones de justicia dado que el actual constituye el grado de reproche que la sociedad atribuye a las referidas conductas”*.

⁷¹³ Cfr. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 106. En este sentido STS 26 de junio de 1980. Sentencia nº 821. Sala Penal. Ponente. José Hijas Palacios. Considerando Tercero. *“las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, la expresión es condicional: si le favorecen, es retroactiva; caso contrario, no lo puede ser. Las orientaciones doctrinales apuntan algún dato más útil para la solución del problema: los delitos han de ser juzgados de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su comisión, ahora bien, si las leyes posteriores favorecen al reo tienen efecto retroactivo, si no favorecen dejan su retroacción por el principio general del derecho: “favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”*.

Para determinar qué pena es más favorable al reo, es necesario atender a la consecuencia jurídica, de manera concreta, (no en abstracto), que se impondrá al delincuente con arreglo a la Ley anterior y posterior.

Se atiende, según jurisprudencia, a la pena principal que primará sobre las accesorias, pero se han de tener en cuenta todos los presupuestos de punibilidad que justifican la intervención penal del caso concreto, circunstancias modificativas, cumplimiento, extinción de la responsabilidad criminal y alteraciones extrapenales de la Ley penal que forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena.⁷¹⁴

Esta elección no plantea dificultades cuando se trata de modificaciones de penas que tienen la misma naturaleza y diversa extensión.⁷¹⁵ Tampoco cuando una disposición posterior suprime -cambio legislativo *in melius*- o reduce el ámbito de una figura delictiva. Sin embargo cuando se trata de una variación de la penalidad en sentido amplio, si atendemos a marcos penales en abstracto, los elementos de individualización de la pena quedan burlados, obteniendo un resultado no ajustado al caso concreto que puede llegar a ser contrario al principio de igualdad.⁷¹⁶ (Los mayores problemas se plantean cuando se comparan penas de distinta naturaleza, al no proporcionar el Código Penal un criterio satisfactorio).⁷¹⁷

⁷¹⁴ Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 107.; RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 213 y ss.; CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 231 y ss.; IGLESIAS RÍO, MA., En “*Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*” Revista Jurídica de Castilla-León nº 6. Ob. Cit. Pág. 23 y ss.

⁷¹⁵ Es el supuesto de dos penas de prisión de diferente duración, penas de multa con diferente cuantía en el sistema proporcional o diferente cuantía en el sistema de días-multa.

⁷¹⁶ Vid. PUIG PEÑA, F., Sin embargo a veces la pena de menor extensión puede tener una aflicción penal mayor que otra de máximo más elevado, o que, no obstante una mayor gravedad, establezca una característica típica, en concreto decisiva, que faltando posibilite la absolución o por el contrario autorice la aplicación de condena condicional. En “*Derecho Penal*”. Parte General I. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid 1968. Pág. 132 y ss.; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., Lo que cuenta es la pena en concreto, con todos los presupuestos de los que depende la determinación de la pena e incluso las llamadas modificaciones extrapenales de la misma. En “*Derecho Penal Español*”. Parte. General. Ob. Cit. Pág. 147.

⁷¹⁷ La pena de multa figura, en el CP dentro de las menos graves, posterior a la prisión de tres meses a cinco años, (puede sustituirse por una responsabilidad penal subsidiaria y cumplirse en trabajos en beneficio de la comunidad, art. 53.1 y 2 CP), sin embargo, puede resultar más severa para una persona con escasez de medios económicos, al existir la posibilidad de beneficiarse de la suspensión en el caso de prisión de tres meses a dos años (art. 80 CP).

El Decreto de 17 de septiembre de 1870 (art. 3) que promulgó el CP de 1870 permitía al reo, en ciertos casos, reclamar contra la decisión del Tribunal; el CP de 1928 (art. 8) establecía en caso de duda oír al reo; el Decreto de 23 de diciembre de 1944 de promulgación del CP 1944 (art. 4) y la Ley de 8 de abril de 1967 (art. 5.3) manifestaba en caso de tratarse de penas de distinta naturaleza la necesidad de oír al reo. El CP vigente art. 2.2 dispone en caso de duda oír al reo, mientras la Disposición Transitoria segunda exige en todo caso oír al reo. Sin embargo, hoy, la decisión corresponde al Juez, al no ser vinculante la opinión del condenado.

La DT Quinta del Código Penal, párrafo segundo dispone, que en caso de sentencias firmes y cuando el penado estuviera cumpliendo efectivamente la pena, si ésta fuera privativa de libertad y resultara también imponible con arreglo al nuevo texto, este último no sería considerado más favorable.⁷¹⁸ Continúa la citada DT “*no se revisarán las sentencias cuando, con arreglo al anterior Código penal y al nuevo, corresponda aplicar únicamente una pena de multa*”. Criterio, éste, mantenido por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, en su DT Segunda, que supone una “*excepción a la aplicación con carácter retroactivo de la ley penal más favorable*” y que la doctrina explica por razones prácticas.⁷¹⁹ El art. 40 LOTC obliga a revisar las resoluciones en supuestos en que una Ley penal es derogada por haber sido declarada inconstitucional.⁷²⁰

El alcance de las leyes favorables encuentra su límite en la aplicación de una Ley completa, en bloque, optando por ser la del momento de comisión de los hechos o una posterior más favorable. Se evita la “*lex tertia*”.⁷²¹

⁷¹⁸ Vid. LLABRÉS FUSTER, A., En idéntico sentido se expresa el párrafo segundo de la DT 2ª de LO 15/2003 o el apartado primero de la DT 2ª de LO 5/2010, por lo que el nuevo texto se limita a los casos en que se consigna el marco penal con un límite máximo inferior a la pena impuesta con arreglo al Código derogado. En “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 43 y ss.

⁷¹⁹ Cfr. CEREZO MIR, J., Al entrar en vigor el CP de 1995, la comparación entre la nueva pena de multa (regulada con arreglo al nuevo sistema de días-multa) y la antigua multa proporcional, entraña una excesiva dificultad. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 233. También IGLESIAS RÍO, MA., En “*Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de las ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*”. Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Ob. Cit. Pág. 22.

⁷²⁰ La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cit. artículo 40 “*Salvo en caso de procesos penales.... en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena... o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*”

⁷²¹ Este criterio sigue la DT Segunda CP de 1995 y posteriormente en este sentido se pronuncia la Ley 15/2003 de 25 de noviembre “*Para la determinación de cual sea la ley más favorables se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley*” Sin embargo la Ley 15/2003 ha realizado una modificación *in peius* del art. 51 CP cuando el tribunal haya autorizado el pago aplazado de la multa “*Si después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago*”.

Antes de la reforma (art. 51) sólo permitía al Juez, excepcionalmente, *reducir el importe de las cuotas*, cuando después de la sentencia el penado empeorase su fortuna. Vid. IGLESIAS RÍO, MA., En “*Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*” Revista Jurídica de Castilla León nº 6. Ob. Cit. Pág. 23. También la Fiscalía General del Estado ha acogido este criterio para determinar la aplicación de la ley penal más favorable en la Circular 3/2010 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010.

1.1.2. INTEPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Constitucional entiende que la desaparición de la norma que conlleva la deslegitimación del *ius puniendi del Estado*, conlleva la desaparición de la responsabilidad del reo.⁷²²

El Tribunal Supremo, señala, a los efectos de determinar la Ley penal más favorable, que “*lo procedente es comparar el trato legislativo que merecen las conductas sentenciadas, tomando en consideración ambos sistemas punitivos. Para ello es necesario analizar el comportamiento sancionado en toda su integridad, tal y como si actualmente debiera sentenciarse, valorando la sentencia en su conjunto para deducir de ella si la conducta enjuiciada continúa o no sancionada, y si lo es con mayor, igual o menor severidad*”.⁷²³

La Fiscalía General del Estado también acoge esta posición para determinar la Ley penal más favorable en las circulares sobre interpretación de las reformas del Código Penal, exigiendo la comparación a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los preceptos que favorezcan al reo y rechazando aquellos que les perjudiquen.⁷²⁴

⁷²² Vid. STC 232/1997 de 16 de diciembre. Sala Civil. Ponente Vicente Gimeno Sendra. Fundamento de Derecho Tercero “*Tal proceder del órgano judicial muestra de modo patente que la resolución judicial dictada rebasa el ámbito de libertad que compete al Juzgador en la interpretación y aplicación de la norma penal, ya que con la misma, al desestimar el recurso y confirmar la Sentencia de instancia, ha alterado el ámbito de aplicación de la figura delictiva conformada por el legislador, vulnerando el derecho fundamental del actor a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento del nuevo enjuiciamiento, en la apelación, no estuviesen previstas como delito o falta, como previene el art. 25.1 C.E. A la Audiencia Provincial le hubiera bastado con interpretar correctamente lo dispuesto en las Disposiciones transitorias primera y, sobre todo, novena, regla a), del nuevo texto punitivo. Al no hacerlo así, es claro que ha infringido el art. 25.1 de la Constitución en todo lo referente a la condena por la comisión del delito de exhibicionismo, que ha de quedar anulada, sin que tales efectos se extiendan a la condena por la falta de amenazas y demás pronunciamientos, que han de alcanzar por esta resolución toda su firmeza.*”

⁷²³ Vid. STS 13 de julio de 2001. Sala de lo Penal. Resolución 1385/2001. Ponente Cándido Conde-Pumpido Touron. Fundamento de Derecho, Segundo. Continúa *Debe evitarse un enfoque puramente formal, que se centre únicamente en los elementos típicos destacados por la sentencia impugnada, pues dado que ésta se ha confeccionado en atención a una legalidad revisada, cabe la posibilidad de que en el relato fáctico se resalten determinados elementos típicos que eran los relevantes en la legislación derogada, difuminándose otros que, aun estando presentes en la conducta enjuiciada, no se exigían expresamente en la descripción típica anterior y, por ello, no se destacaban en la sentencia impugnada, pudiendo deducirse sin embargo, con facilidad, del conjunto del relato fáctico o de los elementos fácticos incluidos en la fundamentación jurídica.*”

⁷²⁴ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2010 sobre el régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal de Ley Orgánica 5/2010.

1.2 TÉCNICAS DE REENVÍO

1.2.1 LEYES PENALES EN BLANCO. PEREZA LEGISLATIVA

La estructura de la norma penal se compone de supuesto de hecho punible y consecuencia jurídica o sanción.⁷²⁵ El derecho penal recurre a la técnica, que posiblemente surge por pereza legislativa, de la norma penal en blanco, o leyes necesitadas de complemento.⁷²⁶

1.2.1.1 CONCEPTO

En términos amplios, *norma penal en blanco* es una técnica legislativa donde parte de su presupuesto de hecho viene recogido en una norma de carácter no penal. En términos estrictos es una norma que remite a otra extrapenal de rango inferior.⁷²⁷

⁷²⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En puridad todas las disposiciones legales son normas *incompletas* si por norma completa entendemos sólo aquella que determina exhaustivamente el contenido de su presupuesto y de su consecuencia jurídica. Todas las proposiciones jurídicas, de algún modo, han de ponerse en relación con otras destinadas a completarlas, tanto de la Parte General, concretamente los que regulan las formas imperfectas de ejecución, de participación y los actos preparatorios punibles, como los de la Parte Especial para lograr una descripción completa del contenido de los mismos. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. I. Ob. Cit. Pág. 405 y ss.

⁷²⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., Existen tres supuestos distintos: Cuando la ley remite a otro precepto contenido en la propia ley penal; cuando remite a otra ley distinta; cuando remite a una disposición de rango inferior (criterio amplio) En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 188.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La terminología “*leyes penales en blanco*” procede de BINDING, criterio que amplió MEZGER al que añadió dos supuestos: cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y cuando se halla contenido en otra ley, pero emana de idéntica instancia legislativa, En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. I. Ob. Cit. Pág. 407 y ss.

En estas normas el presupuesto no se consigna específicamente en la propia ley penal, que remite a otra fuente del derecho del mismo o de distinto rango, para configurarlo.

⁷²⁷ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., Acoge el criterio estricto, es decir sólo son normas penales en blanco aquellas que no concretan el supuesto de hecho y remiten a disposiciones inferiores a la ley. En “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. Estudios Penales y Criminología. Volumen XVI. 1993. Cursos y congresos nº 76. Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Pág. 66.; ZUÑIGA MORALES, SE., Existe, no obstante, un criterio intermedio, que sostiene que son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho se localiza en una remisión de la ley penal a la misma ley (reenvío interno) o a otra ley (reenvío externo) llamadas *leyes penales en blanco impropias* o aquellas cuyo texto legal determina la sanción, pero la descripción del hecho se complementa con remisiones a normas jurídicas de rango inferior a una ley, llamadas *leyes penales en blanco propias*. En esta postura intermedia lo relevante es que el supuesto de hecho se encuentre fuera de la disposición normativa, no el rango jerárquico-normativo de la disposición que completa e integra el tipo penal. En “*Cuando las leyes penales en blanco vulneran el principio de legalidad*”. Revista de Derecho nº 8. 2004. Pág. 162.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., También las *leyes penales en blanco al revés*, cuyo presupuesto de hecho se encuentra regulado en la disposición penal y remite a otro lugar para determinar la consecuencia jurídica. Si la consecuencia jurídica se determina en disposición administrativa o reglamentaria de rango inferior al de la ley formal, merece graves reparos desde el punto de vista constitucional; si fija la pena en otro precepto distinto pero del mismo cuerpo

En general, se admite la posibilidad de que la *ley en blanco* encuentre su complemento en otras leyes, reglamentos, actos administrativos o en el propio derecho extranjero.⁷²⁸

El recurso a esta técnica, empleada cada vez con mayor regularidad, en tipos donde convergen materias de Derecho administrativo y Derecho penal, genera importantes problemas de orden teórico y práctico, aunque existe consenso en que su utilización sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa, por la cambiante realidad social y científica de la materia objeto de la regulación y por la evolución social y económica de la sociedad, que exigiría una revisión frecuente de las acciones prohibidas por la Ley, admitiendo que el ámbito sancionable es determinado por normas extrapenales de complemento.⁷²⁹

Las materias vinculadas a sectores dinámicos del Ordenamiento Jurídico, distintos al Derecho Penal y condicionados por circunstancias diversas, cuyo tratamiento preciso sólo puede garantizar la normativa extrapenal de origen, son tramitadas a través de *leyes penales en blanco*. De lo contrario se produciría un grave deterioro legislativo, ante la permanente modificación de la Ley penal, para solventar problemas que éstas materias tan prolíficas puedan suscitar.

Resulta, por tanto, más razonable que la ley penal sea sólo “*marco*” y se delegue en instancias inferiores la determinación del contenido variable del mismo, produciéndose remisiones del Código Penal a leyes extrapenales. Incluso para determinados ámbitos de la moderna criminalidad, la técnica de las leyes en blanco

legal, carece de especial relevancia, siendo una cuestión de técnica legislativa. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. I. Ob. Cit. Pág. 408 y ss.

⁷²⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 413.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., Los primeros pasos que ha dado España en la protección del medioambiente han sido, no sólo a nivel interno, sino internacional, como demuestra el Instrumento de Ratificación del Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. BOE de 8 de febrero de 2005, Ley 27/2006 de 18 de julio de 2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en cumplimiento de las Directivas 2003/4 y 2003/35 de la Comunidad Europea. En “*Medio ambiente y Reparación del Daño*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2011. Pág. 341.

⁷²⁹ Vid. BALDOMINO DÍAZ, R., En “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*”. Revista de política criminal nº 7. 2009. Pág. 2.; ZUÑIGA MORALES, SE., En “*Cuando las leyes penales en blanco vulneran el principio de legalidad*”. Revista de Derecho nº 8. 2004. Pág. 161 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., La denominada “*técnica de norma penal en blanco*” constituyen un intento de adaptar la regulación penal a contextos peculiarmente cambiantes y por ello, acaban formando una concatenación de leyes penales temporales. En “*Sobre la retroactividad penal favorable*” Ob. Cit. Pág. 76.

constituye una fórmula de apertura y coordinación del Derecho Penal hacia distintos sectores y subsistemas del Ordenamiento donde los nuevos bienes jurídicos emergentes encuentran su *prima ratio* jurídica.⁷³⁰

Es importante, a este respecto, destacar el carácter de “*ultima ratio*” del Derecho Penal, y el principio de intervención mínima, y en atención al mismo, la tutela penal de estas prolíficas materias, (medio ambiente, urbanismo, patrimonio histórico, etc.,) sólo podrán ser motivo de enjuiciamiento penal por ataques intolerables, -si bien la protección se configura a nivel constitucional, -texto de 1978-, que proclama la importancia de la tutela del medio ambiente de cara a garantizar y desarrollar una mejor calidad de vida, con la expresa necesidad de imponer sanciones penales-.⁷³¹

Por tanto se puede concluir que “*Ley penal*”, es el texto de un precepto contenido en una Ley y toda la normativa extrapenal que contribuye a dotar de contenido prescriptivo específico al referido precepto.⁷³²

⁷³⁰ Entre estas materias se encuentran la sanidad, el orden socioeconómico, la genética, el medio ambiente, la energía nuclear etc. Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*” PG. Ob. Cit. Pág. 112; QUINTERO OLIVARES, G., En “*Manual de Derecho Penal*”. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 59; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., Sucede habitualmente en los delitos contra el medioambiente, donde las regulaciones complementarias correspondientes deben entenderse como tácitamente temporales, en el sentido estricto de formación especialmente sujeta a factores cambiantes, como la intensidad de la actividad productiva en ciertos contextos y la calidad de las condiciones de vida natural que se pretenden proteger. Así la despenalización de cierto tipo de vertidos podrá provenir de una sensible mejora del entorno afectado y como ejemplo propuesto por Silva Sánchez y Cerezo Mir, son leyes temporales las que resultan de las variaciones en los niveles de contaminación medioambientales derivadas de una mejora de la situación medioambiental. En “*Sobre la retroactividad penal favorable*”. Ob. Cit. Pág. 77; SILVA SÁNCHEZ, JM., Esta remisión es intensa en el ámbito del Derecho penal socio-económico, en el que la materia objeto de regulación por su propia naturaleza es más variable que el núcleo tradicional del Derecho Penal. En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 431 y ss.

⁷³¹ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, NJ., La existencia de un constante e imparable deterioro del ambiente ha supuesto la necesidad de plantear su protección a través de instrumentos de carácter sancionador. Las reacciones legales administrativas no garantizan la adecuada protección ni preventiva ni represiva en todos los casos, al igual que las civiles por daños y perjuicios, siendo la amenaza penal una presión adicional que refuerza el cumplimiento voluntario de los requisitos y prohibiciones legales en el ejercicio de la actividad potencialmente peligrosa para el ambiente. En “*Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente*” Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia 1997. Pág. 575 y ss.; También en este sentido SANTACECILIA GARCÍA, F., En “*Medio ambiente y Reparación del Daño*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 340 y ss.

⁷³² Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 107; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En “*Código Penal Comentado*”. Editorial Bosch. Tercera Edición. Junio 2010. Pág. 13.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 890.

1.2.1.2 POSICION DOCTRINAL

Resulta discutida la compatibilidad de *leyes en blanco* con garantías del principio de legalidad, cuando la remisión normativa se hace a normas que no tienen el rango exigido por la Ley penal, *leyes en blanco propias*, aunque como se ha apuntado, queda justificado para evitar el anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias sometidas, por evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios, en definitiva, por razones de técnica legislativa.⁷³³ La doctrina, no obstante, denuncia la vulneración de determinados principios, en la utilización de esta técnica legislativa, cuando se produce el reenvío a normas de rango inferior.⁷³⁴

Conforme manifiesta ANTÓN ONECA, una de las características más significativas de las *leyes penales en blanco*, es que el contenido puede sufrir modificaciones, manteniéndose el Código intacto, es decir, que sin una variación formal, aparente, de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, por la

⁷³³ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., Las leyes penales en blanco son una de las técnicas de elusión del principio de legalidad, al igual que los tipos penales abiertos o necesitados de complementación en las que se atribuye la concreción jurídico-penal de las conductas al Poder Judicial, a través de cláusulas valorativas que exigen una decisión judicial de cierre del tipo, sustitutoria de la rigidez de la formulación típica, siendo un ejemplo de este tipo abierto, el delito de coacciones regulado en el artículo 172 del CP “*el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto...*”. De igual manera, la analogía in bonam partem, que sólo sería posible a partir de un precepto legal que expresamente lo autorizara. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*” Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág. 131 y ss. En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I Ob. Cit. Pág. 484.; SILVA SÁNCHEZ, JM., En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las Leyes penales en blanco*”. Ob. Cit. Pág.431.; BALDOMINO DÍAZ, R., En “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco*”. Revista de Política Criminal nº 7. Ob. Cit. Pág. 2.

⁷³⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., Vulneración del principio de legalidad, en cuanto la remisión se realiza a normas extrapenales que emanan de autoridades administrativas, por lesionar el principio de reserva de ley como garantía criminal del principio de legalidad y colisionar con la división de poderes; taxatividad que se impone a las normas penales por la remisión a otras instancias que da lugar a normas incompletas cuyo conocimiento en materia de prohibición se complica, poniendo en peligro la seguridad jurídica; e igualdad, por el diferente tratamiento que se deriva de la estructura jurídico-política del Estado, al poder ser las disposiciones extrapenales autonómicas, en base al artículo 148.1 CE, y una misma conducta generar responsabilidad penal o no dependiendo del territorio en el que se encuentre. Además se quiebra la distribución competencial, que recae en materia penal y penitenciaria, en el Estado. En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III (Arts. 24 a 38). Ob. Cit. Pág.130 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 413; BRANDARIZ GARCÍA, JA., En “*El problema de las leyes penales en blanco*” Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial. La problemática de las normas penales en blanco Dir. Patricia Faraldo Cabana. Cord. Luz María Puente Aba. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2011. Pág. 111 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., En “*Delito de daños. Evolución y dogmática. Artículo 263 Código Penal*”. Ob. Cit. Pág. 221 y ss.

normativa extrapenal de referencia, delimitando la antijuridicidad y su conexión con la tipicidad.⁷³⁵

No obstante, para un sector doctrinal importante, sigue siendo norma penal, aún cuando necesite del complemento de normas extrapenales para determinar su presupuesto de hecho y ha de ser interpretada con arreglo a las técnicas, categorías y existencias propias de una norma que define delitos y establece penas.⁷³⁶

No pueden olvidarse los peligros de un empleo incontrolado de la técnica de este tipo de leyes, evitando remisiones expresas a otras ramas del ordenamiento jurídico, salvo cuando sea estrictamente necesario.⁷³⁷

BACIGALUPO, denuncia el importante problema a que este tipo de leyes pueden dar lugar, por las remisiones a disposiciones que emanan de Comunidades Autónomas, al carecer éstas, de competencia en materia penal y penitenciaria conforme al artículo 149.1.6 CE.⁷³⁸

El Tribunal Constitucional, al respecto establece que las normas que afectan a derechos fundamentales tienen reserva de Ley Orgánica (STC 140/86) y por tanto sólo al poder Legislativo, compete la creación de normas que afectan a derechos recogidos

⁷³⁵ Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRIGUEZ MUÑOZ JA., En *“Derecho Penal”* Parte General. Ob. Cit. Pág. 89.

⁷³⁶ Esta situación se produce, por la especial naturaleza, no prestada a continuas reformas, de las materias en que se produce la remisión, y el reenvío a normas extrapenales de complemento que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. En la medida en que la ley penal no contiene una descripción cerrada del supuesto de hecho prohibido, necesita de un complemento legal o reglamentario, y remite a normas penales de rango inferior, para buscar el supuesto de hecho. Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En *“Código Penal Comentado”*. Ob. Cit. Pág. 13.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 890.

⁷³⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., El Derecho Penal debe crear, en principio, los presupuestos de sus normas de modo autónomo y, en lo posible, sin remisiones expresas a otras ramas del ordenamiento jurídico, excepto si existen razones técnicas y político-criminales muy precisas y evidentes. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 112 y ss.

⁷³⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., Existen determinados artículos, cuyo presupuesto de hecho remite a leyes o reglamentos, entre ellos el artículo 363 a leyes y reglamentos sobre caducidad o composición de productos alimentarios, el artículo 325 a leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, el artículo 310 a la ley tributaria, etc., En *“Derecho Penal”*. Parte General. 2ª edición renovada. Editorial Hammurabi 1999. Pág. 159 y ss. CASABÓ RUIZ, JR., Las Comunidades Autónomas tienen capacidad para regular con mayor o menor extensión materias que se encuentran dentro del amplio concepto de medio ambiente. En *“La Capacidad normativa de las Comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”*. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen V (1982) Cursos y Congresos nº 22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Pág. 341 y ss.; Cfr. SANTA CECILIA GARCÍA, F., Si bien el Tribunal Constitucional se ha pronunciado favorablemente en materia de leyes penales en blanco, no olvidemos que con la remisión a la legislación administrativa de las Comunidades Autónomas, no siempre podrá realizarse la justicia con criterios de igualdad, siendo diferente el tipo delictivo en cada Comunidad Autónoma y en ese caso el principio de tutela judicial efectiva no siempre se cumple en situaciones idénticas para lugares diferentes. En *“Medio Ambiente y Reparación del Daño”*. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 345 y ss.

en el Título I CE. En cuanto a leyes que no lesionan derechos fundamentales, sí pueden emanar de una Comunidad Autónoma siempre que no afecten a condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes.⁷³⁹

CASABÓ RUIZ, ofrece la posibilidad de conciliar reserva absoluta de Ley (Orgánica y ordinaria) con la técnica de *leyes en blanco*. Para ello, pese a la competencia autonómica en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE) sus disposiciones sólo podrán tener, a efectos de la Ley penal, carácter técnico y ejecutivo, sin poder afectar al bien jurídico y exclusivamente podrán establecer infracciones y sanciones administrativas.⁷⁴⁰

En opinión de MUÑOZ CONDE, el problema se encuentra en la forma en que el legislador efectúa la remisión y en este sentido la corrección de la remisión normativa debe respetar la mínima exigencia del Tribunal Constitucional, dejando a salvo el núcleo esencial del delito en la Ley penal.⁷⁴¹

DE LA MATA BARRANCO, aboga por una relación de integración con el Derecho administrativo, ya que la construcción de un tipo penal cerrado completo no parece posible por la interrelación de conceptos y técnicas de tutela en materia ambiental entre Derecho Penal y Derecho administrativo, siendo la *norma penal en blanco* la que proporciona certeza y seguridad.⁷⁴²

⁷³⁹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., En “*Derecho Penal*” PG. Ob. Cit. Pág. 162 y ss.; En este sentido GIMENO SENDRA, V., No existe inconveniente alguno, desde la óptica del principio de legalidad, ni siquiera en atención a las normas de reparto constitucional de competencias, (la competencia del Estado para dictar normas penales ex art. 149.1.6 no impide a las CCAA legislar en materias de su exclusiva competencia, ni por tanto a los jueces para la válida integración de las conductas) en afirmar la constitucionalidad de dicha integración normativa. El problema se plantea desde la aplicación del no menor principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley en todo el territorio nacional, contenido en el artículo 14 CE, pues repugna a dicho principio que una misma conducta puede ser delito en el territorio de una Comunidad Autónoma y dejar de serlo o permanecer impune en la de la comunidad limítrofe. En “*Los Principios de legalidad y Non bis in idem en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. Diario La Ley. Año XXVIII. N 6735. Ob. Cit. Pág. 3

⁷⁴⁰ Vid. CASABÓ RUIZ, JR., El artículo 25.3 CE establece “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad*” El artículo 53.1 manifiesta “*Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y deberes.*” La reserva de ley orgánica y ordinaria es absoluta de acuerdo al sentido de las palabras utilizadas por la CE. En consecuencia todos los castigos que puedan llevar aparejada privación de libertad o restricción de la misma, así como menoscabo de cualquier derecho fundamental, por imposición constitucional sólo podrán ser impuestas por el poder judicial. En “*La Capacidad normativa de las Comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*”. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen V. Cursos y Congresos nº 22. Ob. Cit. Pág. 244 y ss.

⁷⁴¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., El Poder Legislativo del Estado es quién debe cuidar de que la legislación se mantenga dentro de su competencia exclusiva y sea única para todos los ciudadanos españoles. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 115.

⁷⁴² Cfr. DE LA MATA BARRANCO PÉREZ, NJ., Un importante grupo de autores se inclina por considerar adecuada la técnica del artículo que expresa de forma suficiente el injusto de la conducta,

Otro supuesto que requiere un análisis detenido son las remisiones a normas internacionales o europeas para completar la descripción típica. No plantean problemas de uniformidad, ni de lógica competencial, por la soberanía a favor de la Unión Europea que proclaman los Tratados suscritos por España. Así, admitida la eficacia directa y la primacía del Derecho europeo sobre el nacional, es fácil aceptar que “una norma de Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal”.⁷⁴³

1.2.1.3 POSICION JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo se han ocupado de esta técnica, desde el punto de vista del principio de legalidad y sus diversas manifestaciones y consideran que las *leyes penales en blanco* que remiten, para la integración del supuesto de hecho típico, a normas reglamentarias son constitucionalmente admisibles cuando la remisión se realice por razones de protección, carezca de alternativas preferibles y que se limite a una remisión de aspectos no esenciales del tipo.⁷⁴⁴ Así en STC 24/1996 de 13

ayudando la remisión a precisar los contornos específicos del tipo penal, aunque reclame una reglamentación administrativa clara concisa, una adecuad relevancia del error y una actuación preventiva de otras instancias. En “*Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente*” Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Ob. Cit. Pág. 592 y ss.

⁷⁴³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 421 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Con la finalidad de dar cumplimiento a la decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de Europa, se tipificó de forma expresa la emisión de radiaciones ionizantes, a través de LO 15/2003, que incorporó autónomamente el ataque al bien jurídico del medio ambiente cuando se realiza a través de la utilización de este tipo de radiaciones, teniendo en cuenta la vida, salud de las personas y el peligro para estos bienes jurídicos. En “*Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico*” En Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Ediciones Universidad Salamanca. 1ª edición. Diciembre 2007. Pág. 485.; RUIZ ROBLEDO, A., Parece lógico que la norma penal en blanco deba señalar a que Ordenamiento (europeo o autonómico) pueden pertenecer las normas complementarias de un determinad tipo penal. En “*El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva*”. Ob. Cit. Pág. 231

⁷⁴⁴ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., El Tribunal Constitucional ha recalcado que la exigencia de reserva absoluta de Ley en materia penal no se opone en modo alguno al acogimiento de las llamadas leyes penales en blanco, en las que la conducta o consecuencia jurídica no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a una norma distinta, siempre que se den los requisitos normativos establecidos, o se dé la suficiente concreción para concretar la conducta delictiva (STC 122/1987) y resulte salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de actuación penalmente conminada (STC 127/1990 de 5 de julio. FJ 3). En “*El Principio de Legalidad Penal*”. Ob. Cit. Pág. 128 y ss.; En este sentido se pronuncia GIMENO SENDRA, V., Es doctrina consolidada que la Ley penal no puede remitir sus elementos esenciales a un Reglamento, ya que, en tal caso la interpretación de la norma penal quedaría en manos del Poder Ejecutivo y no del Parlamento,

de febrero, 34/2005 de 17 de febrero y 82/2005 de 6 de abril. El Tribunal Supremo en ST de 8 de febrero de 2000 y 28 de marzo de 2006.⁷⁴⁵

Esta remisión a una norma de carácter reglamentario será acorde al principio de legalidad siempre y cuando el reglamento extrapenal desarrolle aspectos ya comprendidos en una norma con rango de Ley. Si el reglamento contiene una regulación independiente, no vincula a la norma con rango de Ley y se entiende vulnerado el principio de legalidad en su vertiente formal de reserva de Ley.⁷⁴⁶

En el CP, no obstante, pueden encontrarse ejemplos de utilización correcta e incorrecta de *ley penal en blanco*, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, como la definición de delito ecológico contenida en el art. 325 del CP.⁷⁴⁷

único órgano constitucionalmente legitimado para decidir sobre los supuestos de restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos (SSTC 142/1999 de 22 de julio, 212/1996 de 19 de diciembre, 52/2003 de 17 de marzo). En *“Los Principios de Legalidad y Non bis in idem en la doctrina del Tribunal Constitucional”*. Diario La Ley. Año XXVIII. Nº 6735. Ob. Cit. Pág. 3

⁷⁴⁵ Vid. STC 24/1996 de 13 de febrero. Sala Civil. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo. Fundamento de Derecho Tercero *“la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos receles iniciales, resulta de todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal*. También STC 127/1990 de 5 de julio. Sala Civil. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral. Fundamento de Derecho 3 B *“Es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”*; Sentencias más recientes STC 34/2005 de 17 de febrero. Pleno. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. Fundamento de Derecho Tercero; STC 82/2005 de 6 de abril. Pleno. Ponente: Manuel Aragón Reyes. Fundamento de Derecho único.; STC 283/2006 de 9 de octubre. Sala Civil. Ponente: Javier Delgado Barrio. Fundamento de Derecho Séptimo.

El Tribunal Supremo se pronuncia en STS de 8 de febrero de 2000. Resolución 1302/1999. Sala Penal. Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón. Fundamento de Derecho Cuarto; STS 28 de marzo de 2006. Resolución 363/2006. Sala Penal. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Fundamento de Derecho Decimonoveno.

En este sentido MORA SÁNCHEZ, JM., En *“Límites al poder punitivo del Estado (V)”*. Derecho Penal Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Ob. Cit. Pág. 248 y ss.; ÁLVAREZ FEIJOO, M., En *“Código Penal con jurisprudencia”*. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Ob. Cit. 26 y ss.

⁷⁴⁶ Vid. ÁLVAREZ FEIJOO, M., En *“Código Penal con jurisprudencia”*. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Ob. Cit. 27 y ss.

⁷⁴⁷ Dispone el artículo 325 CP *“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio*

El TC en relación *al núcleo esencial del delito*, parte de remisiones a normas administrativas y esto puede llevar a una relajación excesiva en cuanto a la reserva de ley, según MUÑOZ CONDE.⁷⁴⁸

En cuanto a la compatibilidad de este tipo de normas con el reparto competencial diseñado por la Constitución y con el principio de igualdad, en relación a la concurrencia de normas autonómicas en la delimitación de supuestos de hecho tipificados, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo manifiestan su aceptación, desde el punto de vista constitucional.⁷⁴⁹

ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

⁷⁴⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARAN, M., No cualquier infracción legal o reglamentaria es delito, sino aquellas que acompañen a determinados hechos y provoquen peligro, y esto constituye el núcleo esencial del hecho punible. En este caso se produce una habilitación del reglamento para definir el delito, no siendo admisible desde el punto de vista constitucional. El Código penal exige para que haya delito, además de la conducta básica que se infrinjan los reglamentos, por lo que resulta tan esencial esta infracción administrativa para cometer el delito, como el resto de los elementos de la definición, quedando en manos de la Administración la definición de ciertos elementos del delito. En *“Derecho Penal”*. Parte General. Ob. Cit. Pág. 113 y ss. En este sentido se pronuncia la citada STC 283/2006 de 9 de octubre. Sala Civil. Ponente Pascual Sala Sánchez. Fundamento de Derecho Quinto. *Baste recordar, a estos efectos, que, como reiteradamente hemos afirmado, “la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos” (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3; en igual sentido, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3).... Por lo que se refiere a las garantías concernidas en el derecho a la legalidad penal, incorpora éste en primer término una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una “reserva absoluta” de ley en el ámbito penal..... Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra “de carácter material y absoluto”, que “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción” (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6).*

⁷⁴⁹ Vid. STC 120/1998 de 15 de junio. Sala Penal Ponente: Fernando García-Mon y González-Reguerual. Fundamento de Derecho Cuarto: *“hay que recordar que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.a C.E.), por lo que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas. La STC 142/1988 (fundamento jurídico 7) declara que incurriría en la tacha de invadir la competencia exclusiva del Estado sobre legislación penal el precepto de la legislación autonómica que tipificase de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal. Y asimismo en la STC 162/1996 (fundamento jurídico 4) declaramos la inconstitucionalidad de un precepto autonómico que reproducía y ampliaba un tipo penal, por cuanto aquél «merece ser calificado por sus contenidos como “legislación penal”, puesto que se trata de la configuración de un tipo [...], ámbito material éste que el art. 149.1.6 de la Constitución reserva a la competencia exclusiva del Estado y que, por tanto, está vedado al legislador autonómico», insistiendo en que está constitucionalmente proscrita la acción del legislador autonómico en el ámbito de la legislación penal. Por otra parte, si en materia penal rige respecto a ciertos ámbitos una reserva de ley orgánica, no cabe que las normas de este rango sean modificadas o derogadas por una disposición autonómica, pues las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas no tienen potestad para disponer de este*

La remisión del tipo penal a una norma autonómica, por el Tribunal Supremo, en STS de 28 de marzo de 2006 ha sido aceptada siempre que sea acorde con el principio de legalidad.⁷⁵⁰

El TC también ha usado en ocasiones el Derecho comunitario para integrar un tipo penal, STC 120/998 de 15 de junio.

1.2.1.4 APLICACIÓN RETROACTIVA

El problema de la retroactividad de las *leyes penales en blanco*, es la posible eficacia de las modificaciones extrapenales que conforman, mediante su integración, en el supuesto de hecho prohibido, situaciones más beneficiosas para el infractor. Consiste pues, en decidir si una modificación de la normativa extrapenal que amplíe el ámbito de responsabilidad puede aplicarse, a través de la *ley penal en blanco*, a hechos cometidos con anterioridad a la misma. Y si una modificación de tal normativa que restrinja el

recurso normativo que representa la ley orgánica, al ser exclusivo de las Cortes Generales...Ahora bien, en el presente caso el problema planteado no es que la norma autonómica contenga un tipo penal, sino si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco..... En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la C.E. y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio», doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas..... Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco —a la que en seguida se hará referencia— el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva.

⁷⁵⁰ Vid. STS de 28 de marzo de 2006. Sala Penal. Resolución 363/2006. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Fundamento de Derecho Decimonoveno. *Es necesario precisar, de una parte, que la reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no diluye la posibilidad de que estas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (STC 42/1987 y 219/1991) y de otra, que si bien una norma autonómica no puede prever concretos delitos ni sus correspondientes penas, se puede plantear el problema de si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa, o expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la Ley penal en blanco”.... “el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la Ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en art. 25.1CE y que n introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen aplicable en otras partes del territorio.Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las Leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva.”*

ámbito de lo punible puede aplicarse a hechos cometidos, e incluso enjuiciados, con anterioridad a su producción.⁷⁵¹

En principio, si partimos de la calificación de *leyes penales en blanco*, como verdaderas leyes penales se aplica, con carácter general, la irretroactividad de disposiciones en perjuicio del reo. A “*sensu contrario*” cualquier cambio de la norma extrapenal que limite el supuesto de hecho de la norma penal remitente dará lugar a una nueva Ley penal más favorable de obligada aplicación retroactiva *pro reo* sin que importe si esa modificación obedece a un cambio de valores del legislador o a razones meramente fácticas.⁷⁵²

La posibilidad de aplicar retroactivamente *leyes penales en blanco* a favor del reo, consecuencia de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión, ha estado cargada de polémica, barajándose varias posiciones en diferentes momentos:

- a) La tesis tradicional se muestra contraria a la aplicación retroactiva de modificaciones favorables al reo, producidas en *leyes penales en blanco* a consecuencia de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión. Postura mantenida en la Corte di Cassazione italiana y en Alemania donde se aludía para negar la aplicación retroactiva a la posibilidad de aplicar retroactivamente una modificación de “*leyes penales*” pero no una modificación de “*normas*”.⁷⁵³
- b) La tesis favorable a la aplicación retroactiva de *leyes penales en blanco*, a consecuencia de normas extrapenales de complemento, cuando consista en una reducción del ámbito de lo penalmente típico, ha ido cobrando importancia

⁷⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JM., La cuestión es la determinación del grado de incidencia de los principios de irretroactividad y retroactividad sobre las fuentes “indirectas” del Derecho penal, sobre las normas extrapenales que complementan tipos penales en blanco. En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 430.

⁷⁵² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 890.

⁷⁵³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JM., Distinción alemana entre *Normen* y *Strafgesetze*, que supone una configuración formalista influenciada por la teoría de las normas de Binding. Desde este punto de vista, se entendía que la expresión “leyes” empleada en el art. 2 StGB para aludir a la aplicación retroactiva debía ser interpretada como alusión a *leyes penales*, pero no a *normas* (que según la teoría de Binding, no pertenecen al Derecho penal sino al Derecho público general. Dispone el art. 2 StGB “*Si la ley vigente en el momento de la consumación del hecho es modificada antes de la sentencia, se aplicará la más favorable*” En “*Legislación penal socio-económica retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 433 y ss.

después de la segunda guerra mundial, no sólo en Italia y Alemania, sino también en la jurisprudencia española.⁷⁵⁴

Importante resulta, determinar el contenido de la remisión que realizan las *leyes penales en blanco*, para ajustar la posibilidad de aplicación retroactiva de estas normas. Para SILVA SÁNCHEZ, la remisión de las *normas penales en blanco* se realiza de manera “*expresa*” a artículos de otra Ley (estricta o amplia).⁷⁵⁵ GARCÍA ARÁN rechaza este criterio y manifiesta que la “*ley en blanco*” remite en bloque a la norma extrapenal y ésta determina el supuesto de hecho, aceptando como elemento del tipo aquello que se define como infracción administrativa.⁷⁵⁶

Sea cual sea la ratio de la modificación, responda la misma a un cambio de valoración jurídica o a una mera variación de circunstancias del hecho ¿ha de aplicarse retroactivamente, cuando la modificación se produce en la normativa objeto de remisión por una *ley en blanco*? La respuesta, no siempre puede ser positiva, en opinión de SILVA SÁNCHEZ ya que existen supuestos en que pese al cambio normativo producido, -cambio fáctico- la sanción penal impuesta a un individuo, continúa cumpliendo el fin preventivo, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban expuestos a un especial riesgo.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Vid. STS 26 de septiembre de 1983. Sentencia nº 1.253. Sala Penal. Ponente Antonio Huerta y Álvarez de Lara. Considerando Séptimo “*Por ley penal, a efectos del art. 245 CP, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el art. 24 CP*”. También STS de 16 de mayo de 1988. Sentencia nº 696. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente Francisco Javier Delgado Barrio. Fundamento de Derecho Cuarto.

En este sentido SILVA SÁNCHEZ, JM., En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las Leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93 Ob. Cit. Pág. 437.

⁷⁵⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JM., Se trata de remisión a los elementos normativos de contenido jurídico (remisiones concluyentes), donde no puede afirmarse categóricamente la retroactividad sin matización. Ejemplo. La modificación de la normativa que concreta el sentido del elemento típico “moneda” en el que deja fuera del curso legal el tipo billete. En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 454.

⁷⁵⁶ Vid. GARCÍA ARÁN, M., La ley penal en blanco en las remisiones en bloque es más que discutible, ya que se trata de remitir el establecimiento del elemento típico a la norma inferior y la protección del cumplimiento de la normativa administrativa es inevitable, trasladando el ámbito a la potestad sancionadora de la Administración, favoreciendo la confusión entre ambas posibilidades incriminatorias. En “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. Estudios Penales y Criminología. Volumen XVI. Cursos y Congresos nº 76. Ob. Cit. Pág. 71 y ss.

⁷⁵⁷ Ejemplos son los siguientes: 1.- cuando se realiza la comisión de un hecho típico, la normativa administrativa medioambiental sitúa el máximo de tolerancia en 9.000 mg/Nm³ de emanaciones de sustancias contaminantes y posteriormente, en el momento de enjuiciamiento una mejora de la situación medioambiental permite situar el máximo de emanación en 13.000 mg/Nm³; 2.- cuando el límite de

Para LLABRÉS FUSTER, no existe duda sobre si la variación de la norma de complemento redundante en una ampliación del alcance del supuesto de hecho –de modo que hechos atípicos pasen a ser penalmente relevantes por obra del cambio extrapenal– se aplica directamente el principio de irretroactividad del tipo penal, con la única excepción de la Ley penal más favorable. Sin embargo el supuesto inverso no está tan claro.⁷⁵⁸

Existe, consenso doctrinal, en que para poder cumplir con la exigencia constitucional “*descripción expresa de la conducta*” es preciso que el tipo penal señale el núcleo esencial de la conducta prescrita, formado por su verbo rector y por la faz subjetiva del tipo (dolo, imprudencia, elementos subjetivos del tipo).⁷⁵⁹

La doctrina rechaza posturas maximalistas, que intenten determinar si esas modificaciones suponen una nueva norma penal más favorable y por ende la retroactividad del artículo 2.2 del Código Penal.⁷⁶⁰

velocidad máximo, en una carretera secundaria se establece, vía reglamentaria en 70 km/h y posteriormente, consecuencia de una mejora en el asfaltado de la misma vía el límite se sitúa en 90 km/h. Los hechos típicos cometidos cuando la norma de remisión establece valores inferiores no pueden ser obviados por la aplicación de una ley posterior que ha mejorado indudablemente el hecho, ya que la sanción cumple su fin preventivo al imponerse a un individuo en el momento en que determinados bienes se hallaban especialmente expuestos a un riesgo. Se trata, por tanto de un cambio fáctico, no de un cambio en la valoración jurídica. Vid. SILVA SÁNCHEZ, JM., En “*Legislación penal socio-económica Y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 452 y ss.; Podría entenderse que este tipo de leyes, son leyes temporales o excepcionales, ya que surgen para paliar determinados problemas en un momento determinado, es decir, para evitar un aumento considerable de la contaminación ambiental se reduce la emanación de sustancias tóxicas durante unos meses y cuando finaliza la situación de emergencia, vuelven a establecerse valores de emisiones normales. Lo mismo en relación al reglamento que reduce la velocidad media de una carretera secundaria, que a consecuencia del mal estado del firme reduce la velocidad media establecida y una vez es corregida, dicha situación, se impone la velocidad media.

⁷⁵⁸ Cfr. LLABRÉS FUSTER, A., No sólo los que se refieren a la pena o definen concretas figuras del delito, sino también las de otras ramas del derecho que dan contenido a las leyes penales en blanco, forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La tesis que a partir de una interpretación teleológica acota el alcance del art. 2.2 CP, propugna la introducción de algunas limitaciones que pasan por negar la posibilidad retroactiva si no se aprecia homogeneidad entre los presupuestos o situaciones contempladas bajo una u otra regulación. En “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 48.; BALDOMINO DÍAZ, RA., En “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*”. Revista de Política Criminal nº 7. Ob. Cit. Pág. 3.

⁷⁵⁹ Vid BALDOMINO DÍAZ, RA. La forma verbal debe ser suficiente para determinar el significado de lo que se quiere manifestar, el sentido de la conducta prohibida, de manera que las persona conozcan y comprendan la esfera y contenido del desvalor de aquella y su bien jurídico protegido, desde la propia ley penal, quedando los accidentes de su regulación (en qué ámbitos y bajo qué circunstancias la conducta punible será sancionada, así como el objeto material sobre el cual recae) en las normas complementarias. En “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en blanco*”. Revista de política criminal nº 7. Ob. Cit. Pág. 8.

⁷⁶⁰ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, JA., La doctrina ha consensuado una tesis que se orienta hacia una posición dogmática y político criminal acertada. En ningún caso la modificación de la norma extrapenal conforma una nueva ley más favorable con operatividad retroactiva, sino que deben ser tenidos en cuenta los diferentes supuestos en presencia, para indagar en cuales es razonable, en sentido político-criminal afirmar la existencia de esa nueva norma más favorable. En “*El problema de las leyes penales en*

Las reformas de las disposiciones fácticas de las normas extrapenales, no pueden tener incidencia en la norma penal. Las modificaciones de normativa extrapenal que benefician al infractor sólo pueden entenderse como fundamentación de una Ley penal más favorable con eficacia retroactiva, cuando la reforma supone una modificación de la calificación jurídica y hace desaparecer la necesidad preventivo general y especial de castigar el supuesto, o cuando convierte el mantenimiento de la sanción en desproporcionada desde la perspectiva jurídico-penal del momento del enjuiciamiento.⁷⁶¹

Sin embargo, parte de la doctrina opina que las normas no penales a las que remiten las *leyes penales en blanco* forman parte de la ley penal y en consecuencia las reformas introducidas en estas normas deben ser aplicadas retroactivamente si favorecen al reo.⁷⁶²

La STS de 23 de abril de 2004, se aparta de la línea mayoritaria y acoge la opinión extendida en la doctrina, según la que es necesario profundizar en la naturaleza y razón de ser del artículo 2.2 del CP por el que se viene concediendo eficacia retroactiva a las modificaciones legales que son favorables al acusado o condenado penal, para llegar a la conclusión de que no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal, siempre ha de ser aplicable cuando pueda ser beneficiosa para el reo. Criterio que resulta, en mi opinión el que se ajusta más a los principios que rigen en Derecho Penal.⁷⁶³

La posibilidad de aplicación retroactiva de *leyes penales en blanco*, cuando las remisiones se realizan cumpliendo los requisitos establecidos por la jurisprudencia, sin que pueda entenderse vulnerado el principio de legalidad, de la norma más favorable para el reo, también incluye a este tipo de leyes -el art. 2.2 CP- que son consideradas

blanco". Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial. La problemática de las normas penales en blanco Dir. Patricia Faraldo Cabana. Cord. Luz María Puente Aba. Ob. Cit. Pág. 118 y ss.

⁷⁶¹ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, JA., En "*El problema de las leyes penales en blanco*". Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial. La problemática de las normas penales en blanco. Dirige Patricia Faraldo Cabana. Cord. Luz María Puente Aba. Ob. Cit. Pág. 119.; LLABRÉS FUSTER, A., En "*Comentarios al Código Penal*". Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 48.

⁷⁶² En la doctrina española, ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En "*Derecho Penal*". Parte General. Ob. Cit. Pág. 107 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En "*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*". Vol. II. Ob. Cit. Pág. 889 y ss.; CÓRDOBA RODA J/GARCÍA ARÁN M., En "*Comentarios al Código Penal*" Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 20 y ss.

⁷⁶³ Vid. STS 23 de abril de 2004. Resolución 499/2004. Sala Penal. Ponente: Joaquín Delgado García. Fundamento de Derecho Noveno 2). En este sentido LLABRÉS FUSTER, A., En "*Comentarios al Código Penal*". Director Manuel Gómez Tomillo. "Ob. Cit. Pág. 48 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En "*Código Penal Comentado*". Ob. Cit. Pág. 14.

verdaderas leyes penales. Ha de examinarse, si el cambio producido afecta a un mero hecho fáctico o si se trata de una verdadera despenalización por haber sido valorada la conducta de manera diferente.

En mi opinión no puede darse una aplicación indiscriminada de este tipo de normas, de manera más favorable al reo, sino valorando en cada caso, si el supuesto concreto, por el que se castiga, está dentro o fuera de la interés del legislador en despenalizar.

1.2.2. CONCEPTOS JURIDÍCOS INDETERMINADOS

1.2.2.1. CONCEPTO

Los llamados *elementos normativos del tipo*, aparecen cuando el legislador remite a otra ley, la determinación de algún elemento normativo del tipo. También llamados *tipos penales abiertos o necesitados de complementación*, en ellos se atribuye la concreción jurídico-penal de las conductas al Poder Judicial, a través de cláusulas valorativas que exigen una decisión de cierre del tipo, sustituyendo la rigidez legal de la formulación típica.⁷⁶⁴

En opinión de GARCÍA-PABLOS, la interpretación judicial da contenido y concreta el significado de términos legales abiertos o equívocos, precisando el alcance de los mismos.⁷⁶⁵

Para JESCHECK, el empleo de los *elementos normativos del tipo* ha llegado a introducir éstos en supuestos de reserva de Ley, donde sólo cabe cumplir con la exigencia de la vinculación del juez a la Ley, haciendo que la valoración responda a conceptos valorativos de la colectividad y que puedan concretarse, por vía de interpretación.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M., En “*Sustitución del IGTE por el IVA. Principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más favorable*”. Fragmentos Penales y Escritos breves. Cuadernos de Política Criminal número 53. 1994. Pág. 256.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Son conceptos pocos precios que requieren una posterior y definitiva concreción en la instancia judicial. Su utilización no está vedada constitucionalmente, siempre que el significado de la previsión normativa y su ámbito de aplicación pueda ser derivado por el juez de su propio contenido, a través de los criterios de interpretación aceptados por la doctrina En “*El principio de legalidad penal*” Ob. Cit. Pág. 48

⁷⁶⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias de Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 845.

⁷⁶⁶ Vid. JESCHECK, HH., En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 116.

El subtipo agravado del delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 369.5 CP contiene el *elemento normativo* “*notoria importancia*” al que debe dar sentido, el interprete, para explicar qué cantidad puede tener esa consideración. También el artículo 370.3 del Código Penal, “*extrema gravedad*” en relación con notoria importancia.⁷⁶⁷ El artículo 148.1 del Código Penal dispone “*formas concretamente peligrosas*” siendo también esta expresión un *concepto jurídico indeterminado*, que debe ser interpretado por la jurisprudencia.⁷⁶⁸ En el mismo sentido el art. 180.1 CP, incorpora un concepto jurídico indeterminado, al referirse a “*un carácter particularmente degradante o vejatorio*”. También el art. 307 CP “*concepto de recaudación conjunta*”. Artículo 311 del Código Penal “*abuso de situación de necesidad*”, el término “*enajenación*” que aparece en diversos artículos del texto penal, etc.,

Es frecuente la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* en la descripción de circunstancias agravantes de los delitos contra la propiedad y el patrimonio.⁷⁶⁹ Y resulta importante, el concepto, para establecer el error sobre los elementos del tipo, para determinar el dolo del “*conocimiento del significado*” como elemento típico.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ Dispone el art. 369.5 CP “*Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior*”.

El pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, establece que “*extrema gravedad*” de la cuantía de sustancia estupefacientes, procederá en todos aquellos caso en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia. Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., En “*Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo* “. Ob. Cit. Pág. 328 y ss.

⁷⁶⁸ El artículo 148.1 manifiesta “*Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*”

⁷⁶⁹ Cfr. RAMOS TAPIA, MI., En lugar de fijar cantidades a partir de las cuales la conducta deba ser considerada más grave, el legislador deja a los jueces la tarea de concretar ese límite, aunque fijando normalmente en la ley los parámetros a los que debe atender el juez para valorar la gravedad de la conducta. En los delitos de hurto y robo, la pena se agrava cuando revistan “*especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produjere perjuicio de especial consideración*” (art. 235 CP). En el delito de estafa, para la agravación se incluye “*revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia*” (art. 250.4). En “*Límites al poder punitivo del Estado (IV)*”. Derecho Penal. PG. Director José María Zugaldía Espinar. Segunda Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004. Pág. 257.

⁷⁷⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, M., En “*Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*” Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Universitat de Valencia. Institut de Criminología. Valencia 1997. Pág. 687 y ss.

1.2.2.2. POSICIÓN DOCTRINAL

SILVA SÁNCHEZ opina que los *elementos normativos* de contenido jurídico suponen remisiones “*concluyentes o tácitas*”.⁷⁷¹ Para GARCÍA ARÁN, “*los elementos normativos valorativos*” contienen una remisión a normas extrapenales a efectos de interpretar un concreto factor o elemento del tipo, que ya ha sido establecido en la propia Ley, sin ser aceptado como elemento típico.⁷⁷²

Señala RUIZ ANTÓN, que la irretroactividad penal comprende, cualquier supuesto que vaya a ser tomado en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar desfavorablemente un delito o una falta. Puede afectar a cualquier elemento, tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho penal, no siendo necesario que el supuesto esté regulado por una Ley penal.⁷⁷³

La aplicación retroactiva que supone esta modificación favorable al reo de la normativa a que remite un elemento típico, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, no puede ser afirmada categóricamente, sin matización.⁷⁷⁴

El contenido de la remisión normativa no puede excederse de lo establecido en el texto legal, porque sería inconstitucional, de manera que podría cuestionarse su inclusión. La retroactividad de los *elementos valorativos* está aceptada por la doctrina siempre que no suponga modificación en la valoración jurídica del tipo.⁷⁷⁵

⁷⁷¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, JM., En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “leyes en blanco”*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 454.

⁷⁷² Cfr. GARCÍA ARÁN, M., En estos supuestos puede producirse o no infracción de la normativa extrapenal, pero en todo caso no es necesaria para que se produzca el injusto penal. Cuando el legislador utiliza este tipo de remisiones excluye del injusto típico aquello que la Administración autoriza, decide no castigar lo que está autorizado administrativamente, manteniendo la coherencia del ordenamiento jurídico. En “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. Estudios Penales y Criminología. Volumen XVI. Cursos y congresos nº 76. Ob. Cit. Pág. 74 y ss.

⁷⁷³ Vid. RUIZ ANTÓN, LF., Cualquier modificación gravosa queda sometida al principio de irretroactividad si los hechos no se cometieron bajo su vigencia. En “*El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y en la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 158 y ss.

⁷⁷⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JM., Ejemplo sería la simulación de “*delito*” a la que sigue, tiempo después, la despenalización del hecho que se simuló. En “*Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las Leyes en Blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 454.

⁷⁷⁵ Vid. BALDOMINO DÍAZ, RA., En “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley penal en blanco*”. Revista de Política criminal nº 7. Ob. Cit. Pág. 9.; SILVA SÁNCHEZ, JM., Si la modificación se debe esencialmente a un cambio de circunstancias, lo normal será que deje inalterada la necesidad de pena para el hecho cometido en las circunstancias anteriores. Si expresa un cambio valorativo, la consecuencia más natural será la apreciación de que la pena ya no es necesaria. En definitiva el factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir al sujeto responsable como a otros autores potenciales. En “*Legislación penal socio-económica y*

1.2.2.3 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

Según el Tribunal Supremo, *los conceptos jurídicos indeterminados* que se insertan en algunos preceptos penales y cuya concreción requiere de un complemento interpretativo por parte del Juez, son conformes al principio de legalidad, en cuanto a su exigencia de *Lex Certa*. (STS de 26 de febrero de 2001).⁷⁷⁶ En la misma línea se pronuncia el TC en ST 69/1989 de 20 de abril “*Es admisible la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en derecho punitivo cuando su concreción es razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*”.⁷⁷⁷

Los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo ofrecen pautas para concretar estos conceptos jurídicos indeterminados. El acuerdo de 25 de septiembre de 1991 determina el criterio para apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia de hachís; el de 19 de octubre de 2001 señala la pauta para agravar la sustancia base o tóxica reducida a su pureza; el de 13 de diciembre de 2004, estableció criterios para apreciar agravante en OGHB (gamahidroxiburirato) y GBI

retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las leyes penales en blanco”. Revista Jurídica de Cataluña nº 93. Ob. Cit. Pág. 460 y ss.

⁷⁷⁶ Vid. STS de 26 de febrero de 2001. Resolución 269/2001. Sala Penal. Ponente Juan Saavedra Ruiz. Fundamento de Derecho Segundo “*La jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS de 11-11-1989 (RJ1989, 8615) 5-10-1990 (RJ 1990, 7676), 31-12-1991 (RJ 1991,9712), 17-5-1994 (RJ1994,3712), 30-20.1995 (RJ 1995, 7918) o 10-7-1998 (RJ 1998, 5835) ha venido señalando al respecto, cuando se ha planteado el problema de la constitucionalidad del subtipo agravado mencionado, como acaece con otros tipos abiertos incluidos en el CP que las normas de esa naturaleza deben ser completadas*” por la interpretación jurisprudencial que de ella se haga teniendo en cuenta las necesidades punitivas que requiera cada momento histórico para hacer la adecuada y mejor defensa de la sociedad que es, en definitiva, el sujeto pasivo que sufre las gravísimas consecuencias del tráfico de droga” no pudiendo entenderse que dichas normas conculquen los principios de legalidad y seguridad jurídica habida cuenta que “el Legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de *numerus clausus* tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente gravosas para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico, y ello teniendo en cuenta la fluctuación que, en períodos no muy largos, sufre el mercado de esos productos, el consumo de los mismos, que muchas veces se debe a la moda de cada momento y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial. La cuestión consiste en interpretar y fijar el alcance de las normas “abiertas” constitucionalmente, es decir, estableciendo cauces estrictos de certeza en su aplicación, lo que corresponde al Tribunal de casación, considerando en el caso la distinta naturaleza de las sustancias, peso, proporción de principios activos, mayor o menor peligrosidad de su consumo”.

⁷⁷⁷ Vid. RUIZ ROBLEDO, A., En “*El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva*”. Ob. Cit. Pág. 243

(fammabutirolactona); el de 25 de noviembre de 2008, muestra criterios interpretativos generales del elemento “*notoria importancia*” en los delitos de tráfico de drogas.⁷⁷⁸

2. LEYES TEMPORALES Y EXCEPCIONALES.

2.1 CONCEPTO.

Son leyes que se promulgan con un plazo de vigencia, predeterminado en la propia norma. Nacen, por tanto, con dependencia de una circunstancia transitoria y suelen crear nuevos tipos delictivos o elevar penas de los tipos existentes.⁷⁷⁹

Cuando está condicionada, su vigencia, a la subsistencia de circunstancias excepcionales que han motivado su aparición, se denominan *leyes excepcionales o de excepción*.⁷⁸⁰ Suelen promulgarse en tiempos difíciles para la convivencia ciudadana, en que resulta necesario endurecer penas o crear nuevos delitos para evitar situaciones catastróficas.

En cualquier caso se trata de leyes transitorias, que precisan un tratamiento más severo de ciertos delitos y se promulgan para situaciones concretas, quedando su vigencia limitada a momentos específicamente establecidos en ellas y su vida finaliza al tiempo que cesa la situación que lo origina.

⁷⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., En “*Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*”. Ob. Cit. Pág. 297 y ss.

⁷⁷⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 155 y ss.; CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 237 y ss.; LASCURIÍN SÁNCHEZ, JA., Ley temporal es toda aquella que de modo expreso o tácito vincula su vigencia a factores temporales. La ley penal en blanco constituye un intento de adaptar la regulación penal a contextos peculiarmente cambiantes y por ello acaba constituyendo una técnica de concatenación de leyes penales temporales. En “*Sobre la retroactividad penal favorable*”. Ob. Cit. Pág. 74 y ss.; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., El Estado puede y debe prohibir (e incluso como *ultima ratio penalizar*) conductas externas que perturben la convivencia pacífica ciudadana. El Derecho necesita una fundamentación valorativa, en una sociedad pluralista en la que al no haber coincidencia de enfoques valorativos es más fácil que se produzca la disgregación de opiniones y con ello se acuda al caos. En “*Derecho Penal Español*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 50 y ss.; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., Aún cuando se hallen descritos del mismo modo los hechos contemplados por estas leyes, que los correlativos de la legislación normal u ordinaria, no son los mismos, puestos que se hallan matizados por las circunstancias extraordinarias que motivan la regulación excepcional. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 83; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 916.

⁷⁸⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 156 y ss.; LLABRÉS FUSTER, A., En “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 45.

La aplicación retroactiva de estas normas se condiciona a lo que consta en la propia Ley. Gozan de ultraactividad y deben ser aplicadas, incluso después de haber sido derogadas, aun cuando hubiese entrado en vigor una Ley posterior más beneficiosa.⁷⁸¹

En opinión de GARCÍA-PABLOS, no es correcto referirse al problema de la retroactividad de *leyes temporales*. Técnicamente la alternativa es, si cabe otorgar efectividad retroactiva a una Ley posterior a la temporal; o si por el contrario, la *ley temporal* debe gozar de ultraactividad. En todo caso la opción establecida en el artículo 2.2 para este autor es correcta, por ser la manera de garantizar la capacidad intimidatoria y la seriedad de las conminaciones penales.⁷⁸²

Para COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, la cuestión no es tan clara, al menos de *lege ferenda*, pues sentar como regla general el criterio de que, en cualquier caso, los hechos realizados bajo leyes temporales o excepcionales habrán de ser juzgados conforme a éstas, significa congelar la valoración jurídica efectuada en el transcurso de la situación extraordinaria, sin tener en cuenta, que ya el simple discurrir del tiempo modifica la valoración de las conductas y el interés del Estado en la protección disminuye.⁷⁸³

Entiendo que los hechos típicos cometidos bajo la vigencia de leyes temporales, deben ser juzgados, siempre, conforme a ellas. Si no fuera así el motivo por el que se promulgan este tipo de normas (temporales o excepcionales) carecería de sentido, si la Ley vigente en un momento posterior, más favorable, es la que se aplica a hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal.

⁷⁸¹ Por todos MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En estos supuestos no nos encontramos ante un auténtico caso de sucesión de leyes penales, en el que el Ordenamiento ha variado su valoración sobre las conductas de manera que ello deba beneficiar al reo. Se mantiene que han variado las circunstancias que motivaron el cambio. En "*Derecho Penal*". Parte General. Ob. Cit. Pág. 147.; QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En "*Comentarios al Código Penal*." Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Ob. Cit. Pág. 74; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Tanto en las leyes temporales, como las excepcionales o de ocasión sería más correcto hablar de *caducidad* y no de *derogación*. En "*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*". Vol. II. Ob. Cit. Pág. 870.; JESCHECK, H-H., En "*Tratado de Derecho Penal*". Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 126.

⁷⁸² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En "*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*". Vol. II. Ob. Cit. Pág. 916 y ss.

⁷⁸³ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., Por ello se estima preferible haber mantenido en el Código la fórmula del derogado artículo 24 CP, con la que siempre quedaba abierta la posibilidad de que el legislador futuro dispusiera otra cosa en determinados supuestos. Situación que hoy no cabe con la fórmula adoptada en el art. 2.2. En "*Comentarios al Código Penal*". Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 83.; LANDECHO VELASCO, CM/ MOLINA BLÁLQUEZ, C., El Código Penal Militar derogado en su artículo 181 hacía de los bandos militares, fuente de Derecho Penal, en campaña o tiempo de guerra. En "*Derecho Penal Español*". Parte General. Ob. Cit. Pág. 124.

Los delitos incluidos en Bandos militares constituían, antes de la vigencia del Código Penal Militar de 1985, (LO 13/1985 de 9 de diciembre) verdaderos delitos militares y eran considerados como leyes temporales, con la posibilidad ultraactiva de su aplicación.⁷⁸⁴

2.2 SUPUESTOS CONTROVERIDOS

Ejemplo de ley temporal sería aquella situación en la que ante una grave crisis energética, se hubiera prohibido la circulación de vehículos los días martes y jueves, desde el 01 de mayo hasta el 30 de septiembre. El conductor que obviando esta ley, circula con su vehículo el 25 de agosto, siendo martes, comete delito de desobediencia. Sin embargo en el momento del enjuiciamiento, mes de noviembre, la ley temporal ha dejado de estar en vigor y con ella ha desaparecido la limitación de circulación los días martes y jueves.

La posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva Ley, supondría la inexistencia de delito, al estar en vigor una ley más favorable en el momento de enjuiciamiento del hecho, que despenaliza la conducta prohibida para el sujeto activo.

El sentido de la *ley temporal*, la necesidad político-criminal de mantener el efecto preventivo general de este tipo de leyes, es evitar una agravación de la situación energética, en un momento en que los niveles de contaminación superaban la normativa. Si a pesar de esta situación se aplica retroactivamente una Ley posterior más benigna, se estaría burlando la *ley temporal* y en definitiva, dificultaría el fin de la pena.

Para MEZGER una Ley que ha sido dictada solamente para un tiempo determinado, debe ser aplicada a los hechos cometidos durante su validez, aun en el caso de que haya perdido su vigor.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., El Código Penal Militar de 1884 consideraba delitos militares, los incluidos en los “*Bandos que dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o en estado de sitio*” Se asimilaba, de esta manera, cualquier delito creado por los Bandos a un delito militar, que alcanzó su máximo exponente en la guerra civil y la postguerra. El artículo 63 del Código Penal Militar de 1985 establece penas para el que se negare a obedecer o no cumplir las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos, que de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio. En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 182.

⁷⁸⁵ Vid MEZGER, E., De acuerdo con el Tribunal Federal, una ley temporaria no es solamente una ley delimitada en el tiempo, sino también una ley que, por su contenido, quiere reglamentar solamente con carácter transitorio circunstancias del momento. En “*Derecho Penal*” Libro de Estudio. Tomo I. Parte General. Traducción de la 6ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Ob. Cit. Pág. 73; MORA SÁNCHEZ, JM., Es necesario por razones de política-criminal mantener el efecto preventivo general de

Manifiesta RODRÍGUEZ DEVESA, que nadie se ha planteado el tema de la retroactividad entre una ley que castiga el homicidio y otra que castiga el hurto, porque la homogeneidad de los presupuestos es una condición implícita en este tipo de normas. En las *leyes temporales*, sin embargo, son los mismos hechos, pero en situaciones distintas, no existiendo una sucesión de leyes penales sobre los mismos hechos.⁷⁸⁶

Son, también ejemplo de este tipo de leyes, la infracción de normas sobre oscurecimiento durante alarmas aéreas; las medidas adoptadas en tiempo de epidemia; aquellas que considera contrabando la importación de determinadas mercancías en tiempos de guerra; la difusión de propaganda enemiga en tiempos de guerra, etc., Leyes que caducan al cesar las circunstancias determinantes de la protección penal especial.

En general las figuras delictivas o la previsión de penas más elevadas, con carácter alternativo, que constan en el Código penal militar, en tiempos de guerra, son leyes temporales.⁷⁸⁷

2.2 RECONOCIMIENTO EN SEDE PENAL

El Código Penal de 1995, ha dejado zanjado el problema de la aplicación retroactiva de *leyes temporales*, de manera expresa. El CP de 1973, texto refundido en el artículo 24, citaba “*las leyes penales favorables se aplicarán con carácter retroactivo aunque hubiere recaído ya sentencia y el delincuente estuviere cumpliendo condena*”, sin embargo, el artículo 2.2 último inciso del CP vigente se pronuncia de manera contundente, “*los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*”.

la leyes temporales, evitando convertirlas en papel mojado. En “*Límites al poder punitivo del Estado (V)*” Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Ob. Cit. Pág.284; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Distinto es el supuesto de leyes como las electorales que regulan determinados fenómenos periódicos, que no pierden su vigencia cuando aquellos concluyen. Se encuentran sujetas en cuanto a su término de vigencia a las normas generales sobre derogación de las normas jurídicas. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 870.

⁷⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., La ley de paz no puede pretender actuar retroactivamente sobre los hechos cometidos durante la guerra. Sí los hechos son los mismos, durante una situación catastrófica y una ley posterior resulta más benigna, deberá aplicarse. En “*Derecho Penal Español*” PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 216.

⁷⁸⁷ Vid. CEREZO MIR, J., Los Códigos penales italiano (art. 2) y alemán establecen expresamente que las leyes temporales se aplicaran a las conductas realizadas durante su vigencia, aunque en el momento del juicio hayan dejado de estar ya en vigor. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 237.

El precepto establecido en el texto penal de 1995 permite que se disponga, excepcionalmente, la aplicación con carácter retroactivo de algunos o todos de los preceptos de la ley vigente o una posterior más favorable, cuando haya sido así establecido.⁷⁸⁸

El legislador al dejar abierta la posibilidad de que la propia ley establezca la aplicación retroactiva, pone de manifiesto el pensamiento doctrinal, que reclama que en una sucesión de leyes, ambas partan de los mismos presupuestos fácticos, para poder ser retroactivas.⁷⁸⁹

Constituyen, por tanto, una excepción, al principio de retroactividad de leyes penales. Proclama el precepto penal su “*vigencia ultraactiva*”, sin más límites que la prescripción del delito o de la pena, remitiendo en último término a lo que pueda decidir en cada caso la propia *ley temporal* sobre su vigencia.⁷⁹⁰ La Ley nueva no puede subsanar ni corregir retroactivamente a la ley temporal.⁷⁹¹

3. LEYES INTERMEDIAS

3.1 CONCEPTO

Son leyes que han entrado en vigor con posterioridad a la comisión del hecho que se enjuicia y que en el momento en que se produce su enjuiciamiento se encuentra ya derogada.⁷⁹²

Deben ser incluidas dentro de las leyes penales a las que se refiere el art. 2.2 CP. Por ello la aplicación con carácter retroactivo, cuando son más favorables al reo y se

⁷⁸⁸ Cfr. CEREZO MIR, J., La aplicación retroactiva de leyes temporales puede ocurrir por el fracaso total o parcial de la ley temporal o cuando se trate de una sucesión de leyes temporales. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 237 y ss.

⁷⁸⁹ La ley que prohíbe encender luces en tiempo de guerra, no parte del mismo presupuesto fáctico que la ley que despenaliza el encender luces en tiempos de paz. Pero sin embargo, si una ley rebaja la condena, por encender luces en tiempo de guerra, sí sería una sucesión de leyes temporales, cuya aplicación más favorable, la doctrina reclama.

⁷⁹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRAT, F/TAMARIT SUMALIA, JM/GARCÍA ALBERO, R., En “*Comentarios al Código Penal*” Tomo I. Parte General (art. 1 a 137). Ob. Cit. Pág. 74.

⁷⁹¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, M., En “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 171.

⁷⁹² Por todos. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 147; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En “*Código Penal Comentado*”. Ob. Cit. Pág. 15; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 913 y ss.; LLABRÉS FUSTER, A., En “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 45 y ss.

encuentran ya derogadas en el momento de enjuiciar el hecho, ha sido motivo de discusión en la doctrina y de pronunciamiento por parte de la jurisprudencia.⁷⁹³

3.2 APLICACIÓN RETROACTIVA

El artículo 2.2 del Código Penal señala “*No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*”.

3.2.1 POSICIÓN DOCTRINAL

La mayor parte de la doctrina, se pronunciaba antes de la promulgación del CP vigente, a favor de la retroactividad de *leyes intermedias*.⁷⁹⁴ Sin embargo CEREZO MIR es contrario a esta postura y justifica su no inclusión en el art. 2.2 CP, del que se deduce la necesidad de comparar la resolución concreta a la que se llegaría con arreglo a la Ley vigente en el momento del hecho, con la que dimana de la Ley vigente en el momento del enjuiciamiento, y aplicar la más favorable. Para este autor, la Ley intermedia no se ha encontrado vigente ni en el momento de la comisión del hecho delictivo ni en el momento de su enjuiciamiento, lo que conlleva a la imposibilidad de aplicación de la misma.⁷⁹⁵

⁷⁹³ Piénsese en lo paradójico que podría resultar, que el mismo hecho cometido por dos personas el mismo día, pudiera ser juzgados con arreglo a dos leyes distintas, por la fecha de su enjuiciamiento, cuando existe una tercera ley, entre el momento de comisión y el momento del último enjuiciamiento, más favorable. Ejemplo de este supuesto es la comisión de hechos realizada bajo la vigencia del Código Penal de 1928, juzgados bajo la vigencia del Código Penal de 1932, habiendo regido entre los dos el de 1870, con soluciones más beneficiosas para el reo. Otro ejemplo más reciente es nuestro país se produce con la derogación de la Ley de Uso y Circulación de vehículos a motor de 9 de mayo de 1950 por la de 24 de diciembre de 1962, que también fue derogada y sustituida, en su parte penal, por la Ley de 8 de abril de 1967 e introdujo en el Código Penal de 1944 las figuras delictivas correspondientes. También el artículo 406 del CP de 1944 castigaba el delito de asesinato con la pena de reclusión mayor a muerte, que fue suprimida en la CE de 1978, motivo por el que hasta la reforma de 1983 que castigaba el delito de asesinato con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, el asesinato tenía una pena más leve, la reclusión mayor. Cfr. CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 235 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 913.

⁷⁹⁴ Vid. ANTON ONECA. J/RODRÍGUEZ MUÑOZ JA., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 107; RODRÍGUEZ DEVESA JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisado y puesto al día. Ob. Cit. Pág. 215.

⁷⁹⁵ Cfr. CEREZO MIR, J., Es cierto que puede dar lugar esta situación a resultados comparativamente injustos, por la mayor o menor lentitud de los procesos, pero la utilización de la ley intermedia como término de comparación carece de fundamento. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Cit. Pág. 235 y ss.; Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., No hay fundamento científico para

Con arreglo a una interpretación generosa del precepto citado, en relación con el art. 9.3 CE “*La constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” a contrario sensu, debe ser aplicada, en cualquier caso la Ley penal más favorable al reo, aunque aquella haya sido sustituida por otra, readquiere su vigencia en el instante en que se lleva a cabo el enjuiciamiento bajo la vigencia de una tercera norma más severa.

Para FIORE es el respeto debido a los principios de justicia, por lo que no debe aplicarse una norma más severa y ha de admitirse siempre la autoridad retroactiva de la ley más benigna.⁷⁹⁶

La doctrina penal dominante en nuestro país mantiene la aplicación retroactiva de la *ley intermedia* que beneficia al reo.⁷⁹⁷ El argumento que se impone a favor de la aplicación retroactiva de *ley intermedia* pasa por considerar injusto y discriminatorio hacer depender la aplicación retroactiva de la *ley intermedia* favorable al reo de un factor circunstancial y aleatorio –ajeno a la voluntad de éste- como es la mayor o menor celeridad de los respectivos procedimientos judiciales.⁷⁹⁸

afirmar la aplicabilidad de la ley intermedia cuando es más favorable, pero lo abonan sentimientos humanitarios. En “*Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 157.

⁷⁹⁶ Vid. FIORE, P., El culpable no se aprovecharía de la ley intermedia más que por la consideración de que la soberanía no podía sin injusticia aplicar las disposiciones más severas mientras que con arreglo a la conciencia jurídica de la época era considerada la pena como exorbitante y no precisa para el restablecimiento del orden jurídico. En “*De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*”. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almoguera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. Ob. Cit. Pág. 375 y ss.

⁷⁹⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., El tenor del artículo 2.2 obliga a entender que las Leyes intermedias se hallan comprendida en él, desde el momento en que no las excluye. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 81; POLAINO NAVARRETE, M., La aplicación de la ley intermedia constituye una retroactividad hipotética que le concede una vigencia ficticia, aunque válida a todos los efectos. En “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 170 y ss.; LANDECHO VELASCO CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., La aplicación de la ley intermedia más benigna es índice de la benignidad hacia el reo que caracteriza el Derecho Penal moderno. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 147 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Porque no hay razón válida alguna para no aplicar la ley intermedia más favorable e infringir el mandato del art. 2.2 CP al no excluir su tenor literal este supuesto, lo que implica reconocer el mandato del citado artículo como principio general. Estamos ante un supuesto genuino de sucesión de leyes penales y se aplica la ley más favorable al reo. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. II. Ob. Cit. Pág. 915 y ss.; JESCHECK, HH., En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 126.

⁷⁹⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Acepta la aplicación de la ley intermedia si resulta más beneficiosa para el reo, en atención a que pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia. En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 146 y ss.; MORA SÁNCHEZ, JM., El sujeto pudo ser juzgado bajo la vigencia de esa ley y pudo no ser así por el lento funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que en ningún caso puede perjudicar al reo. En “*Límites al poder punitivo del Estado (V)*” Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Ob. Cit. Pág. 280.

3.2.2. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

La Sala 2ª del Tribunal Supremo se pronuncia en favor de la aplicación de la *ley intermedia* cuando sea la más benigna, (STS de 27 de diciembre de 1982, que cita sentencias de éste Tribunal de 5 de junio de 1935, de 30 de mayo de 1970 y 22 de enero de 1971).⁷⁹⁹ Ésta sala ha admitido la aplicación de *ley intermedia* aunque se promulgase entre la sentencia de instancia y la de casación en STS de 29 de febrero de 1968.⁸⁰⁰

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, continúa, en contadas ocasiones, la misma línea, en STS de 16 de diciembre, 10 de junio de 2013 y la de 8 de abril de 2008 en materia de delito continuado de apropiación indebida y falsedad.⁸⁰¹

Nos encontramos ante un supuesto de verdadera sucesión de leyes, la *ley intermedia* proyecta sus efectos mientras está en vigor, a hechos cometidos durante su vigencia y a los anteriores.⁸⁰²

⁷⁹⁹ Vid. STS de 27 de diciembre de 1982. Sentencia nº 1668. Sala Penal. Ponente José Hermenegildo Moyna Menguez. Considerando a los motivos octavo y noveno: “sin embargo, la conducta referida, supone una colaboración relevante o una acción de favorecimiento potencial y genérico del delito proyectado por un grupo -o banda armada que desde el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975, con tipificación posterior en el artículo 2 del Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979, y actualmente en el artículo 174 bis del Código Penal -introducido por la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981 - tiene categoría delictiva con ese matiz esencial, que señala su separación de la complicidad, de no estar en relación con un plan o proyecto concreto de acción terrorista, aunque ponga condiciones para que ésta sea posible (sentencias de 10 de abril de 1981, 8 de julio, 9 y 20 de diciembre de 1982)....., pero el criterio de aplicación de la ley penal intermedia más favorable adoptado por ésta Sala en sus sentencias de 5 de junio de 1935, 30 de mayo de 1970 y 22 de enero de 1971 resuelve el problema a favor del artículo 2 del Real Decreto-ley de 1979.

Vid. STS de 4 de noviembre de 2008. Resolución 692/2008. Sala Penal. Ponente José Ramón Soriano Soriano. Fundamento de Derecho Decimoquinto. Punto Tercero “el artículo 2.2 del Código Penal permite la retroactividad de la ley penal más favorable, con tal amplitud y generosidad que, aunque al entrar en vigor la nueva ley hubiera recaído sentencia firme, sería factible al retroacción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que debe ser aplicada la ley penal intermedia más beneficiosa para el reo, en atención al principio plasmado en el art. 2 CP citado y aunque penas existen pronunciamos en esta materia, contamos con la sentencia 140/2002 de 8 de febrero (RJ 2002,2635) que aplicó la ley intermedia más favorable a un delito de abusos sexuales, todo ello sin registrar jurisprudencia reciente en contra.

⁸⁰⁰ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En “Código Penal Comentado”. Ob. Cit. Pág. 15.

⁸⁰¹ Vid. STS de 16 de diciembre de 2013. Resolución 953/2013. Sala Penal. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar. Fundamento de Derecho Segundo “La jurisprudencia considera que debe ser aplicada la ley penal intermedia más beneficiosa para el reo, no solamente por razones humanitarias derivadas del principio proclamado en el art. 2.2 del Código Penal, sino que se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle, resultando de ese modo en peor situación. Sentencias del Tribunal Supremo como la 140/2002, de 8 de febrero, o la 692/2008, de 4 de noviembre, abogan por esta solución, que aquí igualmente acogemos.

En la misma línea la STS de 10 de junio de 2013. Resolución 583/2013. Sala Penal. Ponente Antonio del Moral García. Fundamento de Derecho Sexto: “La prevalencia de la ley intermedia más favorable no suscita ninguna duda. Baste citar en un supuesto precisamente de prescripción la mentada STS 1026/2009, de 16 de octubre: “La retroactividad de la Ley penal intermedia ha sido admitida por esta Sala (cfr. SSTS. nº 140 de 8 de febrero de 2002 y la nº 692 de 4 de noviembre de 2008), en la última de las cuales se exponía exactamente un caso idéntico al actual, lo que hace aconsejable recordar lo sentado en aquel momento.”

4. LEYES PROCESALES

4.1 POSICIÓN DOCTRINAL

Se aplican al desenvolvimiento de los actos procesales en el momento en que ocurren, tienen por objeto actos del proceso y están regidas por lo dispuesto en el art. 2.3 del CC, por el principio “*tempus regit actum*”. Se encuentran sometidas al art. 9.3 CE que consagra *la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales*.⁸⁰³

No importa, al objeto de determinar la aplicación retroactiva de estas leyes, que traigan causa de un procedimiento iniciado con anterioridad, ni que fueran otras las normas procesales en vigor en el momento de la comisión, lo concluyente es el momento de realización de los actos procesales en concreto.⁸⁰⁴

JIMÉNEZ DE ASÚA, propone que las leyes de organización, competencia y procedimiento que se modifiquen en bien de la justicia, puedan ser retroactivas.⁸⁰⁵

Para MUÑOZ CONDE, ha de ser matizada la aplicación retroactiva de *leyes procesales*. Parte de la aplicación del principio *tempus regit actum* para este tipo de leyes, en el momento en que los actos están teniendo lugar. Plantea, sin embargo, el supuesto de leyes procesales que introducen restricción de derechos individuales, con efectos que permanecen más allá del momento puntual en que ha tenido lugar el acto

⁸⁰² Vid. MENDOZA ÁLVAREZ, MJ., En “*Análisis dogmático de la extensión de la prohibición de retroactividad a la doctrina jurisprudencial*”. Universidad Complutense de Madrid. Trabajo fin de master de Derecho Público. Tutor Profesor Francisco Javier Paño Rodríguez. Inédita. Madrid 2015. Pág. 53 y ss.

⁸⁰³ Vid. Por todos ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 107; COBO DEL ROSAL M/VIVES ANTÓN, TS., En el proceso penal, puede ocurrir que un delito cometido en el año 1970 siga siendo objeto de procedimiento en 1980, debiendo regirse el proceso por las reglas vigentes en cada momento de su desarrollo. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 84; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*” Vol. II. Ob. Cit. Pág. 894.; CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 223; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., La ley procesal será la vigente en el momento de cada uno de los actos procesales y no cabe pensar que de ello pueda derivar una aplicación retroactiva de la ley. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 144; JESCHECK, HH., En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 124.

⁸⁰⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 894.

⁸⁰⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., No serán retroactivas las nuevas disposiciones sobre pruebas, salvo en lo favorable, si afectan a elementos del tipo o si versas sobre culpabilidad o intención, y menos si una prueba útil al reo se suprime. Tampoco serán retroactivas las leyes que supriman un recurso. En “*Principios de derecho penal. La ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 158.

procesal concreto, existiendo una sucesión de leyes procesales que varían el plazo de la prisión provisional.⁸⁰⁶

En opinión de GARCÍA-PABLOS, la prisión provisional, a pesar de no ser una pena, sino una medida cautelar, afecta al núcleo del derecho fundamental a la libertad y el CP abona su tiempo de duración (art. 58.1) para el cumplimiento de la pena corroborando la semejanza material entre ambas.⁸⁰⁷ Si por el contrario esta *ley procesal* posterior reforma la prisión provisional de manera más beneficiosa para el imputado, se aplicará la *ley procesal* posterior, en atención a que las leyes procesales se encargan de regular cualquier actuación, que a partir de la entrada en vigor se practiquen en el proceso.⁸⁰⁸

Las leyes que regulan la extradición, no son observadas por la doctrina de manera unánime. En cuanto a la naturaleza *sustantiva* o *procesal* de las mismas. CEREZO MIR, defiende el carácter procesal de estas normas y por ello deben estar sometidas al régimen de retroactividad e irretroactividad de normas procesales.⁸⁰⁹

COBO DEL ROSAL, mantiene la aplicación del principio “*tempus regit actum*” en materia procesal.⁸¹⁰ La aplicación retroactiva de estas leyes no es posible, para este

⁸⁰⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., Si una ley procesal modifica los plazos para dictar sentencia o para interponer un recurso, se aplica a esos actos procesales concretos y no cabe hablar de aplicación retroactiva, si la ley procesal vigente en el momento de comisión de esos actos, establecía otros plazos distintos. Sin embargo la prisión provisional acordada como medida aseguradora, de carácter procesal, pese a suponer privación de libertad, puede ser ampliado durante el tiempo que dure el proceso y de esta manera se prolonga la situación preventiva para el reo. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 143 y ss.; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., También se plantea este supuesto con la prescripción del delito de genocidio, realizado bajo la vigencia del Código Penal de 1944, establecía en 20 años el plazo de prescripción y si se enjuicia conforme al Código Penal de 1995, el plazo es imprescriptible. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 84 y ss.

⁸⁰⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., El problema se planteó cuando la Ley Orgánica 8/1994 amplió los plazos de prisión provisional señalados en la hasta entonces vigente Ley orgánica 7/1983 de 20 meses a 2 o 4 años según los casos. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 895 y ss.

⁸⁰⁸ Vid. CÓRDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M., En “*Comentarios al Código Penal*”. Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 24; CEREZO MIR, J., La ampliación de los plazos de prisión preventiva no se aplica con carácter retroactivo, si el auto de prisión, se dicta con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, aunque el hecho delictivo hubiera sido realizado con anterioridad. Sí, en cambio, si se prolonga una situación de prisión preventiva formulada ya procesalmente antes de la entrada en vigor de la nueva ley, pues con ello se infringiría el art. 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 224 (Cita 35 in fine).

⁸⁰⁹ Vid. CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 226.

⁸¹⁰ Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, TS. La aplicación de este principio origina que determinadas situaciones o relaciones jurídicas se hagan efectivas en el proceso por trámites que puedan resultar establecidos por una norma cuya entrada en vigor tenga lugar con posterioridad a los hechos que fundamentan la pretensión procesal. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. Pág. 84 y ss.

autor, sin embargo si la ley posterior es más beneficiosa, se aplicaría al ser la vigente en el momento de enjuiciamiento, sin tener que aludir a la retroactividad para dicho beneficio. Sin embargo, el problema se plantea en caso contrario, cuando la ley posterior sea más gravosa y resuelve la cuestión aludiendo al art. 9.3 CE “*garantiza... la irretroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales*”. En este supuesto cuando la norma posterior al delito, suponga una disminución de garantías o implique cualquier restricción de la libertad, no regirá la regla “*tempus regit actum*” sino la legislación vigente en el momento de comisión de la infracción.⁸¹¹

4.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo concluye que lo importante es el momento de realización de los concretos actos procesales, en STS de 30 de marzo de 1983.⁸¹² No extiende la retroactividad de normas más favorables a *leyes procesales* en STS de 30 de marzo de 2004 y Auto de 19 de noviembre de 1999.⁸¹³ Especial relevancia tiene la sentencia de 13 de marzo de 2013, respecto al artículo 2.2 CP en relación con el abono de la prisión,

⁸¹¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 a 18). Ob. Cit. 85 y ss.

⁸¹² Vid. STS de 30 de marzo de 1983. Sentencia nº 494. Sala Penal. Ponente Manuel García Miguel. Considerando Octavo: *CONSIDERANDO que como con reiteración tiene declarado esta Sala, las normas procesales están gobernadas, como todas las demás, en general, por el principio de irretroactividad del párrafo segundo del artículo 3.º del Código Civil, lo que ocurre es que así como la aplicación de la nueva norma no ofrece problema alguno en cuanto los procesos terminados o no iniciados, sí puede ofrecerla en cuanto a los pendientes, pero al respecto tiene declarado este Tribunal que tales normas no serán aplicables a los actos procesales o a los períodos o etapas ya realizados bajo el imperio de la legislación anterior, pero que sí lo son en cuanto los aún no iniciados, lo cual, como es lógico, no implica retroactividad en cuanto que no supone su aplicación al pasado, sino al futuro, por ello pues la sentencia de fecha de diecisiete de septiembre de mil novecientos ochenta y uno al aplicar el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tal como quedó redactado después de la reforma introducida por la Ley de 26 de diciembre de 1980, no hizo más que lo procedente, sin que en modo alguno se pueda entender que quebrantó el principio general de irretroactividad*”.

⁸¹³ Vid. STS 30 de marzo de 2004. Resolución 249/2003. Sala Penal. Ponente Gregorio García Ancos. Fundamento de Derecho Tercero a). En el mismo sentido Auto de 19 de noviembre de 1999. Auto de inadmisión número 2504/1999. Ponente Andrés Martínez Arrieta. Razonamiento Jurídico Único. “*La regla general en sede de sucesión de normas es la irretroactividad a situaciones anteriores a su entrada en vigor, salvo que se establezca lo contrario (art. 2.3 C.C). En el NCP la Disposición Final Séptima no se separa de dicha regla general y dispone que el Código Penal se aplicará "a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia", sin distinción entre normas procesales -como las afectadas por la Disposición Final Primera- y normas penales sustantivas, por lo que en materia de competencia objetiva la norma aplicable será la vigente en el momento de cometerse el hecho*”

estableciendo el momento de enjuiciamiento, como referencia por la naturaleza procesal de la medida.⁸¹⁴

En cuanto a las *normas procesales* que regulan situaciones que se prolongan en el tiempo y afectan de forma directa a derechos y libertades individuales, el Tribunal Constitucional, optó por el *favor libertatis*, para aplicar la Ley anterior más beneficiosa, se inclina, de manera justa y necesaria, por flexibilizar la regla *tempus regit actum*.⁸¹⁵ Éste Tribunal ha evitado pronunciarse de manera tajante sobre la prohibición de retroactividad de leyes procesales, aunque la jurisprudencia obliga a aplicar la Ley vigente en el momento en que se inició el acto procesal. Pero también prohíbe que la Ley posterior, más restrictiva, se aplique a un acto anterior.⁸¹⁶

Se trata, en todo caso, de la admisibilidad de la aplicación retroactiva de disposiciones favorables al reo, cuyo fundamento reside en razones político-criminales que reconduce COBO DEL ROSAL, a las exigencias del principio de prohibición de exceso, necesidad de la pena o de proporcionalidad en sentido amplio, que comporta

⁸¹⁴ Vid. STS 13 de marzo de 2013. Resolución 268/2013. Sala Penal. Ponente Juan Saavedra Ruiz. Fundamento de Derecho Segundo punto 3. “*Indagando sobre la naturaleza jurídica del art. 2 CP, que define la reglas de retroactividad e irretroactividad de las normas penales, la STS nº. 413/2012, de 17 de mayo, aborda también la cuestión de si el abono de la prisión preventiva en la causa por la que se condena posteriormente a quien ha sufrido tal medida cautelar es una ley penal propiamente dicha o si, por el contrario, se trata de una norma que regula una circunstancia atinente a la ejecución de la pena, que por lo tanto únicamente adquiere virtualidad aplicativa cuando se produce el hecho que justifica su existencia, es decir, la condena firme del acusado, lo que abre paso a la ejecución de la pena impuesta al mismo; de manera que antes, pues, de tal momento, no existe derecho alguno por parte del imputado, ni ha adquirido una expectativa que pueda ser protegida como si se tratara de una ley penal más favorable, sino que el abono de la prisión preventiva, será efectuado en los términos en que se encuentre disciplinado legalmente en el momento de efectuar tal operación (ejecutiva). Y se decanta por esta segunda posición*”.

⁸¹⁵ Vid. STC 32/1987 de 12 de marzo. Pleno. Ponente: Jesús Leguina Villa. Fundamento de Derecho Tercero: *Ciertamente, es necesario reiterar ahora que, aun reconocido su carácter de simple medida cautelar que, sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso, la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el estatus de libertad personal del inculcado y, por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1 y 4 del art. 17 de la Constitución, como restrictivas de este derecho son también con la misma evidencia las Leyes orgánicas que establecen las condiciones de aplicación y la duración máxima de aquella medida cautelar para los diferentes delitos, en función de las penas privativas de libertad previstas para los mismos y de las circunstancias que concurran en la causa. Dicho de otro modo, la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculcado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculcado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión.* También STC 117/87 de 8 de julio. Sala Penal. Ponente Gloria Begué Cantón. Fundamento de Derecho Tercero. “*habrá de entenderse que la ley que regula la prisión provisional vigente en el momento de comenzar la privación de libertad extiende su vigencia hasta la conclusión de esta situación*”.

⁸¹⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 145 y ss.

que la configuración legislativa, y la actuación judicial o administrativa de cualquier clase de medidas restrictivas de la libertad haya de sujetarse a determinadas exigencias.⁸¹⁷

5. LEYES QUE ACTUALIZAN O REVISAN CUANTÍAS

5.1 POSICIÓN DOCTRINAL

Las disposiciones penales dictadas, en atención a la modificación de cuantías establecidas en los respectivos tipos penales tienen vocación de temporalidad, en la medida en que responden a la actualización de ciclos económicos y a la desvalorización de la moneda, sin que esta situación suponga un cambio de la acción penal típica o distinta valoración de la reprochabilidad de aquella.

Cabe diferenciar en este tipo de normas, las que delimitan o establecen la línea divisoria entre delito y falta, estableciendo para ello una cuantía económica que determina el enjuiciamiento penal por un procedimiento u otro, e incluso infracción administrativa. Es importante, también, la percepción por el legislador a la hora de valorar la conducta antes punible, siendo ahora lícito dicho comportamiento, al carecer de interés penal.⁸¹⁸

⁸¹⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL, M., Debe adecuarse al fin o “*idoneidad cualitativa de la pena*”; debe ser necesaria o “*principio de ultima ratio o intervención mínima*” y proporcionalidad en sentido estricto ya que la pena inútil es también una pena injusta. En este sentido el Tribunal Constitucional se pronuncia vinculando este principio a la fase legislativa, sin embargo nada impide que el mismo despliegue todos sus efectos también en el plano aplicativo y concretamente en la fase judicial de individualización de la pena o incluso en la ejecución. En “*Sinopsis de Derecho Penal*”. PG. Libro de Estudio. Director Manuel Cobo del Rosal. Dykinson. Madrid 2011. Pág. 59 y ss.

⁸¹⁸ Así el actual Código Penal establece la línea divisoria, en 400 euros, entre el delito de hurto en el artículo 234 “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros*” y la falta de hurto en el artículo 623.1 “*Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros*”. En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., En “*Código Penal Comentado*”. Ob. Cit. Pág. 14.

La falta de hurto con fecha 1 de julio de 2015, conforme a lo dispuesto por la Ley 1/2015 de 30 de marzo se convierte en delito leve, siendo el texto que entrará en vigor: «1. *El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros*. 2. *Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235*. 3. *Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas.*»

Parte de la doctrina española, opina que el contenido material y el espíritu del art. 2.2 obligan a que tenga efecto retroactivo todo lo que favorezca al reo y pueda ser objeto de reversión.⁸¹⁹

CEREZO MIR se pronuncia contrariamente a esta postura y la califica de errónea porque las variaciones de cuantías no obedecen a una mayor benignidad del legislador, en el presupuesto de hecho, sino a una devaluación del dinero, y no tienen otro alcance que impedir la transformación, con carácter retroactivo, de los delitos contra la propiedad en faltas, cuando se hubiesen alterado sus límites cuantitativos y la sentencia hubiera sido ya ejecutada.⁸²⁰

GARCÍA-PABLOS, considera más acertado el parecer de quienes distinguen dos clases de leyes a los efectos de lo dispuesto en el art. 2.2 CP: las que *revisan* cuantías y las que *actualizan* esas cuantías. En las primeras, una norma posterior incrementa la cuantía porque expresa valoraciones más benévolas que las establecidas en leyes anteriores. En el segundo caso no hay cambio de valoración, solo adecuar *cuantías a la realidad derivada de la inflación o depreciación*. Teniendo en cuenta este planteamiento, solo tendrían efectos retroactivos, a favor del reo, las leyes que al incrementar las cuantías expresan una valoración jurídica más benévola que la Ley anterior.⁸²¹

Para LASCURAÍN SÁNCHEZ se trata de un supuesto de leyes temporales, que aunque no llevan incorporado plazo de vigencia como tal, ni responden a condiciones creadas en situaciones especiales, en la medida en que la evolución es continua, el coste aumenta al unísono y la temporalidad de este tipo de leyes evoluciona en el mismo sentido.⁸²²

⁸¹⁹ Vid. MORA SÁNCHEZ, JM., En el caso de penas ya cumplidas, el efecto retroactivo de la ley penal más favorable debe alcanzar a otras consecuencias perjudiciales para el reo que puedan todavía ser eliminadas, como los antecedentes penales, aunque la ley traiga causa solo de la modificación de cuantías debido a la depreciación del dinero, supuesto que no se encuentra excepcionado en el art. 2.2 CP. En *“Límites al Poder punitivo del Estado (V)”*. En Derecho Penal. Parte General. Director José M. Zugaldía Espinar. Ob. Cit. Pág. 280.

⁸²⁰ Vid. CEREZO MIR, J., En *“Curso de Derecho Penal Español”*. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 229.

⁸²¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal, Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 921.

⁸²² Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., Cuando esas modificaciones favorecen al imputado, acusado o condenado y cuando se debe exclusivamente al mantenimiento del valor devaluado por los efectos de la inflación, no se produce cambio alguno en la valoración penal, por lo que aplicar retroactivamente estas cifras es disfuncional para las finalidades del Derecho Penal. Son normas temporales en cuanto a la cuantificación monetaria del valor que expresan, que no en cuanto al valor mismo. En *“Sobre la retroactividad penal favorable”*. Ob. Cit. Pág. 99 y ss. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Para llegar a esta conclusión habría que examinar si existe una verdadera sucesión de leyes. En *“Introducción*

La modificación introducida por la reforma de la LO 15/2003, ha mantenido un patrón coherente y unitario ajustando los valores en función de la estimación del incremento del coste de la vida. En materia de retroactividad, elevó los límites cuantitativos en los delitos patrimoniales y socioeconómicos, que sirve para diferenciar el delito de la falta y también el delito de la infracción extrapenal, administrativa o penal, resultado la nueva norma más favorable para el reo, extendiendo la retroactividad a los supuestos en que hubiese recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.⁸²³

El Código Penal no establece criterio alguno, en sus disposiciones transitorias, acerca de la aplicación con carácter retroactivo de la modificación introducida en las cuantías que sirven de límite a ciertos delitos y faltas.⁸²⁴

5.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo venía aplicando el principio de retroactividad, en el supuesto de modificaciones de las cuantías que servían de límite a ciertas faltas y delitos contra la propiedad, transformando de modo retroactivo los delitos en faltas, revisando las sentencias, aunque estuvieran ejecutadas, a efectos de antecedentes penales y reincidencia.⁸²⁵

al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal". Vol. II Ob. Cit. Pág. 921.

⁸²³ Vid. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., En delitos patrimoniales las variaciones pasan de las cincuenta mil pesetas a los 400 euros, salvo daños producidos por imprudencia grave donde la cifra de diez millones de pesetas se eleva a 80.000 euros. También los delitos contra la Hacienda Pública, elevan de diez millones de pesetas a 80.000 euros; de quince millones de pesetas a 120.000 euros y de treinta millones de pesetas a 240.000 euros. Los apoderamientos o defraudaciones que no sobrepasen las cuantías que sirven ahora para definir los delitos serán atípicas o constitutivas de simple falta, aunque hubiesen rebasado el límite cuantitativo existente en el momento de realizar el delito. En *"Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico"* Universitas Vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Ob. Cit. Pág.451 y ss.

⁸²⁴ El Código Penal de 1995 cit. DT Sexta *"No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código"*. Vid. CEREZO MIR, J., El límite entre delito y falta en principio era de diez pesetas, doscientas cincuenta, quinientas, dos mil quinientas, cinco mil, quince mil, treinta mil, cincuenta mil y en la actualidad cuatrocientos euros. En *"Curso de Derecho Penal Español"*. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 229.

⁸²⁵ Vid. ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., Cuando los tribunales encuentran en los certificados de antecedentes penales condenas por delito de hurto o estafa que, a causa de la cantidad de pena impuesta, permiten sospechar que el hecho, un día delito, hoy sería falta según las reformas de elevación del límite entre delito y falta, desestiman esas condenas y niegan la reincidencia. Así STS 30 de

Este Tribunal ha mostrado criterios opuestos sobre la aplicación de la ley más favorable, cuando la cuantía diferenciadora del injusto administrativo y penal (en el ámbito de delitos contra la Hacienda Pública), se eleva De modo contrario a efectuar la extensión, la STS de 30 de abril de 2003 manifiesta que una reforma fiscal no se hace con efecto retroactivo.⁸²⁶

El acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 25 de octubre de 2005, pone de manifiesto que es aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable a delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada. En este sentido la STS de 21 de abril de 2006, admite la despenalización del delito contra la Hacienda Pública, por aplicación retroactiva de modificación de LO 15/2003 al elevar el importe de la cuantía hasta 120.000 euros, frente a la cuantía anterior. En la misma sentencia se alude a la “temporalidad” de estas leyes que modifican cuantías.⁸²⁷

noviembre de 1876. También las Circulares de la Fiscalía des TS de 15 de enero de 1907 y 21 de mayo de 1942. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 108; CEREZO MIR, J., Para poner fin a esta corriente, se promulgan Ley 3/1967 de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal, en concreto el artículo 5.3 in fine; ley 39 de 28 de noviembre de 1974, disposición transitoria, párrafo segundo y ley 20 de 8 de mayo de 1978, disposición transitoria, párrafo segundo establecían “*sin embargo las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán a efectos de antecedentes penales por razón de las variaciones de cuantías, que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley*” El Tribunal Supremo impedía su aplicación a las sentencias ya ejecutadas, salvo en caso de supresión de un tipo, en cuyo caso procede la eliminación de los antecedentes penales. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 229 y ss.; STS 23 de junio de 1980. Sentencia número 803. Sala Penal. Ponente Mariano Gómez de Liaño Cobaleda. Considerando Primero.

⁸²⁶ Vid. STS de 30 de abril de 2003. Resolución 539/2003. Sala Penal. Ponente José Jiménez Villarejo Fundamento de Derecho Séptimo “*La legislación tributaria se inspira en criterios generales de política económica que responden a la ponderación de las circunstancias económicas por las que atraviesa en cada momento la sociedad, así como de las concretas exigencias recaudatorias que son consecuencia de dichas circunstancias, por lo que las modificaciones normativas de los presupuestos de las obligaciones tributarias no suponen un cambio en la valoración de los deberes -ni consiguientemente en la desvaloración de las infracciones de los deberes nacidos de una normativa vigente cuando las circunstancias eran otras*”.

⁸²⁷ Vid. STS de 21 de abril de 2006. Resolución 571/2006. Sala Penal. Ponente Juan Saavedra Ruiz. Fundamento de Derecho Primero. “*En efecto, la LO 15/2003 ha modificado el Código Penal en múltiples aspectos, elevando también con carácter general las cuantías de los tipos penales, que en el caso concreto de los delitos contra la Hacienda Pública han quedado fijadas en ciento veinte mil euros (antes de la reforma eran quince millones de pesetas) para los tipos de los artículos 305 y 307 CP, en defraudaciones a la Hacienda Pública estatal y a la Seguridad Social, lo que determina la destipificación de hechos anteriormente típicos que ahora no alcancen tales cuantías mínimas de defraudación. Por otra parte, la LO mencionada ha recogido expresamente en sus Disposiciones Transitorias Primera y Segunda lo relativo a la aplicación retroactiva de la reforma... Así se entendió también, en línea de principio, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Acuerdo de 25/10/2005, que sienta la aplicabilidad del principio de retroactividad de la Ley Penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la cuantía defraudada (aunque es cierto que el supuesto se refería a una sentencia dictada por la Audiencia pero pendiente de recurso de casación).....Sin embargo, las leyes temporales se caracterizan porque llevan incorporado el plazo de vigencia, es decir, nacen con una limitada vigencia temporal, fijada de antemano o condicionada a la existencia de determinadas situaciones especiales, lo que indudablemente tiene importancia preferentemente en el Derecho Penal económico. Pero no siendo posible hacer una interpretación analógica del último inciso del apartado*

6. LEYES QUE PREVÉN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

6.1 POSICIÓN DOCTRINAL

Se trata de una responsabilidad especial, que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con él, consistente en indemnizar a las víctimas del delito, por daños y perjuicios producidos, consecuencia de la comisión del hecho delictivo.⁸²⁸

La responsabilidad civil *ex delicto*, pertenece, por estructura y naturaleza, al Derecho Civil, como así consta en el artículo 1902 CC, si bien dicho artículo, excluye de su regulación las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas, derivándolas al Código Penal, que sitúa la responsabilidad civil derivada de delitos, faltas y costas procesales al Título V del Libro I, donde son catalogadas como consecuencias más o menos directas de la comisión del hecho delictivo.⁸²⁹

segundo del artículo 2 CP en el sentido de extender la consideración técnica de Ley temporal a otras disposiciones donde no esté prevista en la forma indicada dicha temporalidad, no es posible concluir como hace la Audiencia en el sentido de prescindir del alcance del artículo 2.2 CP y de la Disposición Transitoria Segunda de la LO 15/2003. En este sentido, ver también los criterios sentados en la Circular de la Fiscalía General del Estado n°1/2004 que interpreta las modificaciones introducidas por dicha LO, siguiendo en gran medida los precedentes sentados por el Tribunal Supremo y por Circulares/Instrucciones anteriores. En el mismo sentido STS 26 de octubre de 2005. Resolución 863/2005. Sala Penal. Ponente José Antonio Martín Pallín. Fundamento de Derecho Segundo.; STS 25 de junio de 2010. Resolución 606/2010. Sala Segunda. Ponente Luciano Varela Castro. Fundamento de Derecho Undécimo. STS 13 de mayo de 2010. Resolución 445/2010. Sala Penal. Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar. Fundamento de Derecho Décimo; STS 11 de marzo de 2014. Resolución 182/2014. Sala Penal. Ponente Francisco Monterde Ferrer. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁸²⁸ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., Más que una responsabilidad civil derivada del delito, para este autor se trata de una responsabilidad derivada del daño. En *“Medio ambiente y Reparación del Daño”*. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 355.

⁸²⁹ El Código Penal de 1995, cit. artículo 116 *“Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo está también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicio”*. En el mismo texto penal, artículo 109 CP dispone *“La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”*. En el Código Civil, el artículo 1902 manifiesta *“El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., La responsabilidad civil derivada del delito se encuentra regulada en el Código Penal desde 1822, y ha permanecido en el mismo pese a las sucesivas reformas que, desde entonces, han experimentado el ordenamiento civil y penal. Su justificación dentro del Código Penal se debe a que el CP tiene que regular el contenido mínimo de ésta responsabilidad; supuestos de exención de responsabilidad penal suponen exención civil; debe fijar el CP los responsables civiles del delito tanto en casos de sentencia condenatoria, como exención de responsabilidad; porque la extensión de la responsabilidad civil podría afectar la estructura del CC. En *“La responsabilidad civil “ex delicto” en el proyecto de Código Penal de 1992”*. Política Criminal y Reforma Penal: Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1993. Pág.1018 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., Las razones por la que se encuentra la responsabilidad civil y las costas procesales dentro del CP obedece a razones pragmáticas, ya que las sentencias penales condenatorias pueden llevar aparejadas diversas modalidades de sanciones pecuniarias que le son impuestas al procesado por la comisión de un delito. En *“Sinopsis de Derecho Penal”* PG. Libro de Estudio. Director Manuel Cobo del Rosal. Ob. Cit. Pág. 291 y ss.

Parte de la doctrina, opina, que al carecer de naturaleza penal no se encuentran sometidas al artículo 2.2 CP, sino al artículo 2.3 CC y será irretroactiva cualquier disposición posterior.⁸³⁰ Ciertamente es, que tienen finalidad reparadora, (restitución, reparación del daño causado, indemnización de perjuicios) pero restringen derechos individuales y cualquier modificación *in peius* carece de efecto retroactivo en base al art. 9.3 CE “*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*.”⁸³¹

La Teoría de la responsabilidad civil tiene por objeto resarcir a una persona del perjuicio causado por otra. La responsabilidad penal reprime hechos que atentan contra el orden social y es personalísima. Su regulación dentro del Código Penal es correcta, para COBO DEL ROSAL, por ser el daño civil inherente al delito.⁸³²

La responsabilidad civil derivada del delito dentro del Código Penal es de necesaria regulación dentro del citado texto, por diversos motivos. A) Se ha de tener en cuenta la desprotección que pudiera existir en cuanto la víctima de un delito de lesiones debiera iniciar acciones civiles en reclamación de la indemnización correspondiente, con la exigencia del abono de la tasa correspondiente en vía de recurso. B) También existen razones de economía que tienden a hacer efectivas dichas responsabilidades en el menor tiempo posible para el beneficio del reo, evitando varios procedimientos y permitiendo que el Ministerio Fiscal, ejecute la acción derivada del delito, exista acusación particular o no, salvo renuncia expresa del perjudicado o reserva de acciones civiles. C) El carácter de norma civil, permite la aplicación del artículo 2.3 CC y con ello la irretroactividad de las mismas, evitando que normas posteriores más beneficiosas para el reo, perjudiquen intereses de las víctimas y se dejen de percibir

⁸³⁰ De esta opinión JIMÉNEZ DE ASÚA, L., En “*Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*”. Ob. Cit. Pág. 158; ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 107; CEREZO MIR, J., En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 221 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 892 y ss.; VIVES ANTÓN, TS., En “*Comentarios al Código Penal de 1995*” Director Tomás Santiago Vives Antón. Vol. I. Ob. Cit. Pág. 52; CÓRDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M., En “*Comentarios al Código Penal*”. Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 25 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., La responsabilidad civil “*ex delicto*” es una obligación civil sin contenido punitivo y sus disposiciones no son leyes penales *stricto sensu* pues no asocian una pena a la comisión de un delito o falta. El responsable civil no es necesariamente el reo, es decir, el acreedor de responsabilidad penal. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 145.

⁸³¹ Vid. RUÍZ ANTÓN, LF., En “*El Principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho Nº 7. Ob. Cit. Pág. 161; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II, Ob. Cit. Pág. 893.

⁸³² Vid. COBO DEL ROSAL, M., En “*Sinopsis de Derecho Penal*” PG. Libro de Estudio. Director Manuel Cobo del Rosal. Ob. Cit. Pág. 291.

indemnizaciones, en supuestos de trascendencia social, como “Alcalá 20” “La presa de Tous” o “Síndrome tóxico”, al ser calificados los hechos como falta o delito imprudente.⁸³³

Dos supuestos tienen especial trascendencia social, por la responsabilidad que conllevan: a) la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que expresamente consta reconocida en los artículos 116 a 122 CP, con el título las *personas civilmente responsables*; y b) la responsabilidad civil *ex delicto* del particular en relación al cumplimiento de la pena privativa de libertad y la obtención de determinados beneficios penitenciarios, conforme a la LO 7/2003 de 30 de junio, que quedaron condicionados al cumplimiento de las responsabilidades civiles.⁸³⁴

A. En relación a la responsabilidad civil, el artículo 121 CP, omite la responsabilidad civil derivada de hechos constitutivos de faltas, evitando la indemnización al Estado para víctimas de estos hechos.⁸³⁵ El citado precepto, plantea la simultaneidad de acciones administrativas y penales, dejando a una mejor interpretación, si hay que esperar a resolver la cuestión penal antes de que se resuelva la administrativa o se puede obtener la correspondiente indemnización derivada del procedimiento administrativo sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia penal.⁸³⁶

⁸³³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., En “*Crítica a la sentencia de la presa de Tous*” Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Ob. Cit. Pág. 899 y ss.

⁸³⁴ En cuanto a la responsabilidad civil del Estado el CP de 1995 recoge en los artículos 116 a 122, los preceptos referidos a las personas civilmente responsables. El artículo 121 establece la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos. “*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*”.

⁸³⁵ El borrador del anteproyecto de CP de 1992 remitía la regulación, al CC, criterio rectificado por el anteproyecto. Posteriormente el proyecto, pretendió que la responsabilidad subsidiaria del Estado sólo pudiera erigirse ante la propia Administración, y en su caso, la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el juez penal se pronunciase. El proyecto de 1994, admitía la responsabilidad civil de delitos y faltas dolosas. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 893.

⁸³⁶ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F., Este régimen de responsabilidad civil se incorpora por vez primera al Código Penal en el año 1995. En “*Medio ambiente y Reparación del Daño*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Ob. Cit. Pág. 362 y ss.

B. En cuanto al segundo supuesto, la DT Única de la Ley 7/2003 de 30 de junio, introduce la aplicación retroactiva, de los artículos 90, 93.2 CP y 72.5 y 6 LOGP en perjuicio del reo, respecto a los requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, siendo uno de estos requisitos la previa satisfacción de las responsabilidades civiles consignadas en la sentencia condenatoria.⁸³⁷ En este sentido la aplicación retroactiva de la DT lesiona el derecho fundamental a la libertad y por ello no puede ser aplicado retroactivamente, en cuanto se está condicionando la libertad del penado (derecho penal material) al abono de la responsabilidad civil derivada del delito y la clasificación al tercer grado de tratamiento (evolución del tratamiento del interno, con el abono de las responsabilidades civiles).⁸³⁸

Si partimos de la naturaleza civil de la institución y del papel prioritario que debe desempeñar la reparación del daño causado a la víctima, el principio de irretroactividad del art. 2.3 CC prevalece sí la ley posterior beneficia al reo en perjuicio de la víctima, pues ésta es ajena a la relación bilateral infractor/Estado que polariza el problema de la irretroactividad.⁸³⁹

⁸³⁷ El Código Penal de 1995, cit. artículo 90.1 “Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, cit. artículo 70.2 “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.”

⁸³⁸ Cfr. JUANATEY DORADO, C., El principio de legalidad y la prohibición de retroactividad rigen plenamente cuanto se trata de derecho penal material y, en particular, respecto de todos los presupuestos de la punibilidad y la consecuencia jurídico-penal asociada a la comisión del delito o falta. En “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las Penas y los principios constitucionales del Derecho Penal” La Ley Penal. Ob. Cit. Pág.19.

⁸³⁹ Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., En “La Retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas”. Ob. Cit. Pág. 150 y ss.

6.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

Es unánime la posición mantenida por el Tribunal Supremo en cuanto la retroactividad de normas contenidas en leyes penales sólo es predicable respecto de las que favorezcan al reo. No incluye, esta afirmación, las que regulan la responsabilidad civil nacida del delito, pues al tener naturaleza civil están sujetas al principio de irretroactividad, como establece la STS de 14 de febrero de 1998.⁸⁴⁰

Respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado derivada del artículo 121 CP, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000, explica que no altera la jurisprudencia de la Sala, relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.2 CP. En el mismo sentido el acuerdo de la Sala de 17 de julio de 2002, manifiesta que el hecho de la utilización del arma reglamentaria, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad, lo que no sucede en supuestos de “estado de necesidad”.⁸⁴¹ Es unánime la postura

⁸⁴⁰ Vid. STS de 14 de febrero de 1998. Resolución 172/1998. Sala Penal. Ponente. Gregorio García Ancos. Fundamento de Derecho Segundo del recurso del Abogado del Estado. “1º El artículo 121 del vigente Código Penal no es de aplicación en cuanto que, según han puesto de relieve, tanto la parte recurrida, como el Ministerio Fiscal, siguiendo una clara y pacífica línea jurisprudencial, la retroactividad de las normas que se contienen en las diversas leyes penales sólo es predicable cuando se trate de normas de ese orden que favorezcan al reo, pero no de las que regulen la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, nacida del delito, pues al tener esa naturaleza civil están sujetas al principio de irretroactividad que proclama el artículo 3 del Código Civil, que por estar incluido en el Título Preliminar, constituye un principio general de Derecho que sólo puede quebrar en casos puntuales y excepcionales como pueden ser (y son) las normas “penales” más favorables al reo. En este sentido STS de 24 de octubre de 1997. Resolución 1285/1997. Sala Penal. Ponente Gregorio García Ancos. Fundamento de Derecho Cuarto. “Sin embargo, hay que tener en cuenta que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según hemos dicho, el vocablo “delito” que emplea el artículo 121 hay que entenderle, en pura lógica, como “infracción penal”, comprensivo, tanto de los delitos “strictu sensu”, como de las faltas”.

⁸⁴¹ Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., En “Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”. Ob. Cit. Pág. 312 y 318; STS de 19 de febrero de 2014. Sala Militar. Ponente Francisco Menchen Herreros. Fundamento de Derecho Séptimo. “La Disposición Adicional 8ª de la Ley 13/1991, de 20 de Diciembre, del Servicio Militar, dejó sin contenido el art. 105 del C.P.M, que consideraba exento de responsabilidad al superior que incurriese en abuso de autoridad para contener la comisión de determinados delitos por un medio racionalmente necesario y proporcionado, lo que no es óbice para la apreciación del estado de necesidad, con el conflicto de bienes que conlleva, cuando sea imprescindible sacrificar uno de ellos en una situación de necesidad en la que concurren todos los requisitos legales, situación de necesidad que ni se da en el presente caso, ni ha sido alegada en el recurso.”

mantenida por el Tribunal Supremo en cuanto se encuentran incluidas en el término “delitos dolosos y culposos” las faltas.⁸⁴²

7. MEDIDAS DE SEGURIDAD

7.2 CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN

Son medios penales preventivos de lucha, que implican privación de bienes jurídicos y son aplicadas por órganos jurisdiccionales, en función de la peligrosidad criminal del sujeto –demostrada por la comisión de un hecho previsto en la ley como delito- y por estar orientadas a la prevención especial del delito (finalidades de corrección, tratamiento y aseguramiento).⁸⁴³ Históricamente, en nuestro derecho estaban dispersas en diferentes lugares, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, en la legislación tutelar de menores y en el propio Código Penal.⁸⁴⁴

⁸⁴² Vid. STS de 6 de febrero de 2007. Resolución 60/2007. Sala Penal. Ponente José Manuel Maza Martín. Fundamento de Derecho Segundo. *"Según nos enseñan, tanto de la Sentencia de 11 enero de este mismo año 1997, así como la dictada en el llamado caso «colza» con fecha 26 de septiembre próximo pasado, si bien es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos, sólo habla literalmente de «delitos» y no de «faltas», no es menos cierto que ello no implica necesariamente su exclusión a esos efectos, pues el vocablo delito ha de entenderse como sinónimo de «infracción penal», y así lo considera el Código vigente en varios de sus preceptos como, por ejemplo, los números 4.º y 5.º del artículo 130, en relación con el 639, y los artículos 80.4 y 86, existiendo también el argumento de que si se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse las faltas dolosas. Se puede contra-argumentar (siguen dichas sentencias) que esa interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo que prohíbe la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según hemos dicho, el vocablo «delito» que emplea el artículo 121 hay que entenderle, en pura lógica, como «infracción penal», comprensivo, tanto de los delitos «stricto sensu», como de las faltas."* La sentencia de 20 de abril de 1994 de Audiencia Provincial de Madrid condenó al funcionario del Ministerio del Interior por una falta contra las personas en el incendio de la Discoteca Alcalá 20, dando lugar a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que a través del auto de la Audiencia Provincial de 19 de septiembre de 1995 requirió al Estado para el abono de las indemnizaciones, dando lugar a la Ley 57/1997 de 19 de diciembre sobre concesión de créditos extraordinarios para el pago de indemnizaciones. BOE nº 304 de 20 de diciembre de 1997. Pág. 37451.

⁸⁴³ Vid. JORGE BARREIRO, A., En *"La Reforma de 1978 a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social"*. Comentarios a la Legislación Penal. Volumen II. El Derecho Penal del Estado democrático. Madrid 1983. Pág. 488 y ss.

⁸⁴⁴ La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, establecía verdaderas penas para reprimir conductas antisociales no constitutivas de delito y la aplicación práctica de la ley que, a falta de establecimientos específicos, llevaba a cumplir las medidas privativas de libertad, muchas veces en establecimientos penitenciarios penales. En general era una ley represora de sectores marginados, antisociales no necesariamente abocados a un futuro criminal. Se castiga el ser vago habitual o ejercer habitualmente la prostitución, los mendigos habituales o los que vivan de ésta, los ebrios habituales o

A mi modo de ver, las medidas de seguridad son verdaderas penas, cuando se aplican a sujetos imputables y en caso de sujetos inimputables, deben adoptarse en el momento en que el sujeto necesite tratamiento pedagógico especial, al margen de la comisión de un hecho delictivo. La peligrosidad puede ser elevada, aunque la gravedad del delito sea mínima o viceversa.⁸⁴⁵

La peligrosidad criminal del sujeto se encuentra regulada en el artículo 6 del Código Penal.⁸⁴⁶ Sin embargo algunos autores destacan que a diferencia de la pena, la medida no tiene que ser forzosamente un mal, una privación de derechos. Pero, SILVA SÁNCHEZ, opina que en la práctica, la ejecución de muchas de estas medidas conlleva restricción de importantes derechos individuales y pueden ser sentidas como un mal por quien las sufre.⁸⁴⁷ Se exige, atender al principio de proporcionalidad, como instrumento principal, para la exigencia de un razonable tratamiento de la libertad.⁸⁴⁸

toxicómanos, los que promuevan el tráfico fomentando el consumo de drogas, los que se comporten de manera insolente, los que formen parte de bandas, los que porten armas, los que faciliten la entrada o salida del país a aquellos no autorizados, etc. Vid. RODRÍGUEZ DEvesa, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 1000 y ss.

⁸⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ DEvesa, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En *“Derecho Penal Español”*. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 990.

⁸⁴⁶ El Código Penal de 1995, cit. artículo 6 *“Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.”*

Cfr. VIVES ANTÓN, TS., Es preciso que la peligrosidad criminal se exteriorice mediante la previa comisión de un delito. *“Comentarios al Código Penal”* Coordinador Tomás Vives Antón. Volumen I. Ob. Cit. Pág. 61 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., La justificación de las medidas no puede encontrarse en su necesidad o utilidad de cara a constituir un medio de defensa social. En este sentido su fundamentación ética se encuentra, únicamente, en su configuración de medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana. En *“Significado político y fundamento ético de la pena y de las medidas de seguridad”*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1965. Pág. 782.; CERESO MIR, J., Los efectos afflictivos o intimidantes, desde el punto de vista de la prevención general, son ajenos a su esencia. Las medidas de seguridad persiguen sólo fines de prevención especial (corrección o enmienda del delincuente, advertencia individual o inocuización. En *“Curso de Derecho Penal Español”*. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 222.

⁸⁴⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JM., En *“Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables (con especial referencia al proyecto de CP 1994)”*. Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminología. Valencia 1994. Pág. 794. (cita 16); En sentido contrario LUZON PEÑA, DM., Las medidas de seguridad no tienen que ser forzosamente un mal. *“Alcance y función del Derecho Penal”* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLII. Fascículo I 1989. Pág. 25.

⁸⁴⁸ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA., En *“La proporcionalidad de la norma penal”*. Cuadernos de Derecho Público. Número 5 (septiembre-diciembre 1998) Pág. 188.; SILVA SÁNCHEZ, JM., El presupuesto de la medida de seguridad viene dado por la peligrosidad puesto de manifiesto en la comisión de un hecho antijurídico por un sujeto inculpaible, que expresa una necesidad preventivo-especial. *“Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables”*. Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminología. Ob. Cit. Pág. 796 y ss.

La coincidencia entre el catálogo de *medidas de seguridad* no privativas de libertad y penas privativas de derechos es muy elevada y algunas veces se elevan solicitando que la pena de “*alejamiento*” se convierta en medida de seguridad.

A diferencia de las penas, falta, en las medidas de seguridad, un verdadero derecho de ejecución.⁸⁴⁹ La reforma 5/2010 de 22 de junio, introdujo la “*libertad vigilada*” como medida no privativa de libertad y la imposición al delincuente declarado imputable en sentencia y castigado con una medida privativa de libertad.⁸⁵⁰

La Ley 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, prevé una modificación de las *medidas de seguridad*, fundamentadas, en la peligrosidad del autor que evoluciona hacia un sistema dualista de consecuencias penales.⁸⁵¹

Para QUINTERO OLIVARES, hoy se cuestiona el concepto de peligrosidad, siendo las *medidas de seguridad* sanciones afflictivas al igual que las penas. Este autor rechaza las *medidas de seguridad* acumulativas. Quedarían las medidas sustitutivas o vicariales respecto a las penas, siendo innecesario mantener la distinción entre penas y medidas.⁸⁵²

⁸⁴⁹ Vid. SANZ MORÁN, AJ., La Plataforma “Otro Derecho Penal es posible” solicita la modificación de la pena de alejamiento, sin embargo no es la única, pues una vez que se admite la posibilidad de imponer medidas de seguridad a los sujetos responsables, como sucede con la *libertad vigilada*, podrían haberse eliminado todas las referencias al alejamiento como pena, pues se trata de una genuina medida. También habría que reconsiderar la naturaleza de las inhabilitaciones y suspensiones y la posibilidad de evitar la doble previsión de las inhabilitaciones profesionales y suprimir la medida de “*expulsión*”. En “*Medidas de seguridad: Régimen general*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág. 140.

⁸⁵⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. La inclusión de esta medida supone un poco de desconcierto, al aplicarse tanto a imputables como a semiimputables. En el nuevo régimen introducido, el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad y la pena son independientes y además la medida puede empezarse a cumplir una vez finalizada la pena, lo que sin duda es un régimen unificador de penas y medidas de seguridad En “*Libertad vigilada*”. En Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 148.

⁸⁵¹ Las medidas de seguridad son proporcionales a la peligrosidad del autor y así se prevé en la reforma que estas medidas deben ir en consonancia a la gravedad del hecho delictivo cometido y a aquellos actos que se prevea puedan cometerse (criticable pues la imposición de este sistema conlleva a la aplicación de medidas predelictuales) También se establece que puedan imponerse penas y medidas de seguridad de manera continuada, a través de la ampliación de la libertad vigilada (dando lugar a un doble castigo o imposición acumulativa de penas y medidas de seguridad). El artículo 6.2 es modificado, con la siguiente redacción: “*Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*” (Concepto jurídico indeterminado “*el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”).

⁸⁵² Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., Lo que se pretende con la peligrosidad es invocar una “legitimación” para reprimir en casos en los que no se puede hablar de culpabilidad por el hecho en sentido tradicional. La trascendencia de sanciones y de lo que éstas son y persiguen, requiere una reflexión más detallada. En “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Ob. Cit. Pág. 137 y ss.

7.2 RECONOCIMIENTO EN SEDE PENAL. APLICACIÓN RETROACTIVA

La posibilidad de aplicar retroactivamente leyes que establecen *medidas de seguridad*, cuya aplicación está en función de la peligrosidad del delincuente, ha sido sesgada por el artículo 2.1 in fine del Código Penal de 1995 “*carecerán igualmente de efecto retroactivo, las leyes que establezcan medidas de seguridad*”.

JIMÉNEZ DE ASÚA, diferenciaba entre medidas para combatir el peligro originado por delitos, establecidas en beneficio del sujeto peligroso, para las que rige el principio de retroactividad y medidas tomadas en beneficio social, como las de custodia, ante las que se aplica la irretroactividad general de las leyes. Para las medidas educativas y resocializadoras, tomadas con los niños y adolescentes, era posible la aplicación retroactiva.⁸⁵³

RUIZ ANTÓN, manifiesta que al restringir derechos individuales se encuentran sujetas a la prohibición general de retroactividad, en perjuicio del reo, conforme con el art. 9.3 CE.⁸⁵⁴ Otra parte de la doctrina, influenciada por el positivismo criminológico, en el que se encuentra CEREZO MIR, excluye las medidas del ámbito de aplicación retroactiva de la ley penal favorable, argumentando que, al no consistir el estado de peligrosidad en un acto, sino en una situación personal que persiste en el sujeto en el momento de la aplicación de las mismas, queda conceptualmente excluida la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Teoría diferenciadora, que distingue entre medidas de seguridad de carácter curativo, correctivo o pedagógico aplicables a enajenados, menores, sordomudos, toxicómanos o ebrios habituales que deben aplicarse retroactivamente, dada la finalidad que persiguen; y medidas afflictivas o asegurativas, como el internamiento en custodia de seguridad, para las que rige plenamente el principio de irretroactividad general de las leyes penales. En “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Ob. Cit. Pág. 157 y ss. En este sentido ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., Cualesquiera que sean los fines meramente preventivos de la medida, su contenido representa una aflicción para quien las sufre. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 111.

⁸⁵⁴ Vid. RUIZ ANTÓN, LF., Si los hechos que motivan la aplicación de las medidas de seguridad se cometieron bajo la vigencia de una normativa más benigna, la posterior agravación queda sometida a las reglas de prohibición de retroactividad. En “*El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho N° 7. Ob. Cit. Pág. 162; En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En base a su carácter restrictivo de derechos individuales, se encuentran sometidas a la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE. En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 143.

⁸⁵⁵ Vid. MAURACH, R., En “*Problemas de la reforma penal en Alemania*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1967, Fascículo 3° Pág. 622.; CEREZO MIR, J., El proyecto de CP de 1980 (art. 134) establecía como principio general el de la retroactividad de las disposiciones que regulan medidas de seguridad, aunque se hacía una salvedad para las que *resulten más restrictivas de los derechos individuales del sometido a ellas*” La ponencia que elaboró el Anteproyecto, en la Comisión General de Codificación, consideró que la salvedad era obligadas por el art. 9.3 CE, donde se declara la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o favorables o restrictivas de derechos individuales. Salvedad innecesaria, pues, en rigor, aquí no estamos ante supuestos de aplicación retroactiva de la ley

El Código Penal vigente establece en el artículo 2 los mismos principios de irretroactividad y retroactividad de leyes más favorables, para las medidas de seguridad y para las penas.⁸⁵⁶

La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, zanja la polémica sobre el momento de comisión de los hechos en el artículo 7 del Código Penal, que pasa a tener la siguiente redacción “*A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*”.

7.3 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El criterio utilizado por el Tribunal Supremo en la aplicación de medidas de seguridad, ha sido establecido en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de marzo de 2009, “*la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate*”.⁸⁵⁷ Concreta, varios presupuestos para la aplicación de las medidas: comisión de un hecho previsto como delito, condición de inimputable o semiimputable de su autor y acreditada posibilidad de comisión de nuevos delitos por éste, en STS de 11 de junio de 2009.⁸⁵⁸

penal. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 222 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Las medidas de seguridad se aplican a estados peligrosos que se prolongan en el tiempo y si existen en el momento del enjuiciamiento, aunque los hechos fuesen anteriores a la entrada en vigor, se aplican retroactivamente, siempre que el hecho constitutivo de delito revele la peligrosidad del delito. En “*Legalidad (Principio de)*”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Barcelona. 1978. Pág. 892.

⁸⁵⁶ Vid. VIVES ANTÓN, TS., Constituye un acierto que el legislador haya extendido el principio de irretroactividad a las medidas de seguridad y al estado peligroso, extensión que al no venir impuesta expresamente por el art. 25.1 de la Constitución, es una afortunada concreción de este precepto. En “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Volumen I (Arts. 1 a 233) Ob. Cit. Pág. 47.

⁸⁵⁷ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo: Límite máximo de la medida de seguridad de internamiento. Consejo General del Poder Judicial. STS 8 de octubre de 2010. Resolución 890/2010. Sala Penal. Ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Fundamento de Derecho Segundo. Punto 5. “*A la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad...el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nuevos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del C. Penal*”.

⁸⁵⁸ Vid. STS 11 de junio de 2009. Resolución 603/2009. Sala Penal. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Fundamento de Derecho Segundo. “*1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos: 1) Post-*

8. PRESCRIPCION.

8.1 FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La prescripción de delito o pena, es un importante instituto jurídico, desde el punto de vista práctico, en cuanto supone la extinción de la responsabilidad criminal o penal de un sujeto.⁸⁵⁹

En Derecho penal delitos, penas y medidas de seguridad, están sujetos a plazos de prescripción, motivo por el que la cuestión resulta controvertida, cuando una nueva Ley que regula la prescripción, prolonga plazos prescriptivos señalados en una norma anterior que no han transcurrido todavía.⁸⁶⁰ Existe acuerdo formal en que la

delictualidad. La existencia de comisión previa de un hecho delictivo -aunque el sujeto no sea plenamente responsable del mismo- resultaba ineludible a partir de la jurisprudencia constitucional (SSTC. 27.11.85, 14.2.86, 19.2.87, 20.7.87), y se recoge, además del ya transcrito art. 95.1, en el artículo 6 del Código Penal "las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, y precisa que esa peligrosidad se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito". 2) Pronóstico de peligrosidad criminal. La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad impone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto. La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad - por ejemplo en el caso que nos ocupa toxicomanía con dependencia o trastorno paranoide de la personalidad- sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida debe llevarse a cabo de manera automática -la STS. 992/2000 de 2.6, recordó que la imposición de las medidas de seguridad en los casos previstos en el art. 104 CP, es facultativa para el Tribunal."

⁸⁵⁹ Cfr. PASTOR ALCOY, F., Su fundamento se puede encontrar en diversos principios y motivos: derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, (Art. 24 CE); principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 CE); finalidad rehabilitadora de la pena (Art. 25.2 CE); renuncia expresa del estado al ejercicio del derecho a penar; motivos de orden público y utilidad social; dificultad de acumulación y reproducción del material probatorio por el paso del tiempo; debilitación de la fiabilidad de las pruebas; límite a la potestad punitiva del estado y al poder judicial y en todo caso una garantía para la víctima porque esta institución supone acelerar el procedimiento para obtener una sentencia, lo antes posible. En *"La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva"*. Comentarios y Formularios. Edita Práctica de Derecho S.L. Valencia 1996. Pág. 17 y ss.; NIETO GARCÍA, AJ., El concepto de prescripción penal abarca dos aspectos: el de la acción pública, el vencimiento de cierto plazo tras la comisión de un delito y que constituye un obstáculo para el ejercicio de la acción penal pública, para el enjuiciamiento y la eventual condena; y también puede referirse a la sanción aplicada a los responsables de un tipo penal, de forma que el vencimiento de cierto plazo constituye un obstáculo para la ejecución de una condena penal. En *"A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas"*. La Ley Año XXIX, Núm 7061 de 21 de noviembre de 2008. Pág. 1

⁸⁶⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En España la cuestión se planteó al establecer el Código de Justicia Militar de 1945 un plazo de prescripción de treinta años para los delitos castigados en el mismo con pena de muerte, siendo el plazo de prescripción anteriormente señalado para estos delitos por el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de 1870 de veinte años. y se promulga otro más lesivo de 30 años. Los Tribunales aplicaron con carácter retroactivo el nuevo plazo de prescripción (treinta años) en los procesos por responsabilidades penales derivadas de la guerra civil. Se partió de la naturaleza *"procesal"* de la prescripción. El mismo criterio aplicó la República Federal de Alemania para exigir responsabilidades penales derivadas del régimen nazi y crímenes de guerra, al ampliarse por las leyes de 13 de abril de 1965 y 4 de agosto de 1969, con carácter retroactivo, los plazos de prescripción de los crímenes más graves y establecerse que los delitos de genocidio y las penas impuestas por ellos no prescribirían nunca. En *"Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal"*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 896 y ss.; RODRÍGUEZ DE VESA JM/SERRANO GÓMEZ, A.,

antijuricidad “*abstracta*” que encierra un delito durará siempre, pero la que transmite un hecho concreto tenderá a desaparecer por su *materialidad*, sin perjuicio de la *imprescriptibilidad* de algunos crímenes. Resulta inaceptable que un uso desviado de la Ley pueda conducir de facto a que el transcurso del tiempo sea incapaz de acabar con la perseguibilidad de un delito.⁸⁶¹

El fundamento de este instituto no es pacífico en la doctrina, PEDREIRA GONZÁLEZ, entiende que, desde la perspectiva de la tutela de bienes jurídicos, como función última a la que la pena se dirige y de la prevención general y especial, como fines inmediatos y empíricos de la misma, puede llegarse a la conclusión, de fundamentar la misma, en la ausencia de necesidad de pena por el transcurso del tiempo, la exigencia social de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal, en definitiva, en la exigencia de certeza y seguridad.⁸⁶²

FIORE acude al principio de que la soberanía no puede, sin cometer una injusticia, aplicar la disposición más severa en materia de prescripción.⁸⁶³ No obstante, existe consenso en entender, como señala la STC 12/1991, que son razones de orden público e interés general o de política criminal, que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el de intervención mínima del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, las que fundamentan el instituto de la prescripción.

En cuanto a su naturaleza, tampoco existe unanimidad en la doctrina. Para CEREZO MIR las normas que regulan la prescripción, son leyes de procedimiento

En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día Ob. Cit. Pág. 218.; CEREZO MIR, J., La Convención de Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 dispuso la derogación, con retroactividad absoluta, de los plazos de prescripción de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 225.

⁸⁶¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., En “*La nueva regulación de la prescripción del delito*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010. Pág.172.

⁸⁶² Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FM., Fundamento compatible con el núcleo de valores esenciales y propios de un Estado democrático de Derecho. En “*La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. SA. 2004. Pág. 147 y ss.

⁸⁶³ Vid. FIORE, P., La ley más rigurosa en materia de prescripción alarga el campo de la acción penal y afecta a la sustancia de la misma porque fija la base y la esfera del derecho punitivo. Por los mismos motivos de justicia, en virtud de los que deben regular todos los elementos del juicio penal, las disposiciones más benignas de la nueva ley, siempre que no exista una sentencia que haya llegado a ser irrevocable, debe admitirse también la aplicación de la ley nueva, menos severa, en materia de prescripción. En “*De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*”. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Directores Joaquín Almoguera Carreres y Gabriel Guillén Kalle. Ob. Cit. Pág. 386 y ss.

(plazos, cómputo, interrupción) y de forma, y, como tales, deben regirse, en materia de retroactividad, por lo dispuesto en el art. 2.3 CC.⁸⁶⁴

Otra parte de la doctrina, entre los que se encuentra RODRÍGUEZ DEVESA consideran, la prescripción, como institución de Derecho sustantivo, ligada a los fines de la pena y a una configuración esencialmente limitada en el tiempo y será de aplicación el artículo 2.2 CP, admitiendo la excepción de las favorables al reo.⁸⁶⁵

COBO DEL ROSAL, mantiene la institución procesal de la prescripción, pero alega que en todos los casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla “*tempus regit actum*” sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias “*procesales*” se hallan ligadas.⁸⁶⁶

El Código Penal vigente regula, en los artículos 130. 6 y 7, 131 a 134 y 135 la *prescripción de delitos, penas y medidas de seguridad*. No señala posibles causas de suspensión o interrupción de la prescripción de penas.⁸⁶⁷ Tampoco determina, a los

⁸⁶⁴ Vid. CEREZO MIR, J., Para este autor, la prescripción no tiene efecto retroactivo, salvo que expresamente se disponga lo contrario. En “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I. Introducción. Ob. Cit. Pág. 224.

⁸⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JM/SERRANO GÓMEZ, A., En “*Derecho Penal Español*”. PG. Revisada y puesta al día. Ob. Cit. Pág. 217 y ss. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tenencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 896 y ss.; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., En “*Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 145; LLABRÉS FUSTER, A., En “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 46; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., A favor de la naturaleza penal se alega que la razón de que no esté vigente en las leyes procesales, el principio de la retroactividad de la ley más favorables es que normalmente no suele ser ninguna de ellas ni más favorable ni más desfavorable para el reo, mientras que los plazos de prescripción son claramente más favorables al reo, cuanto más breves. A favor de la naturaleza procesal de la prescripción se alega que lo que prescribe o es el delito o la pena, sino la potestad del Estado a ejercer la acción procesal contra el delincuente o de aplicarle la pena. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 148 y ss.; NIETO GARCÍA, AJ., Existen razones para fundamentar la naturaleza de la prescripción en sede de derecho sustantivo y así lo ha circunscrito el TS, concretamente a la noción del delito, por el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la dificultad del material probatorio etc; porque el fundamento de la prescripción se asigna a los fines de la pena, así el paso del tiempo genera la posibilidad de prescindir de la persecución del delito; porque el TC en ST 29/2008 de 20 de febrero establece que la prescripción es una institución regulada por normas penales pertenecientes al Derecho Penal material “y concretamente a la noción de delito” y ha de ser interpretado con especial rigor en tanto perjudique al reo. En “*A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas*”. La Ley Año XXIX. Nº 7061, Ob. Cit. Pág. 2

⁸⁶⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL M/VIVES ANTÓN TS, J., M., Estos dos autores entienden que debe aplicarse retroactivamente la prescripción, a pesar de considerar dicha institución como norma procesal. Su argumento se basaba en que las normas procesales se rigen por la regla “*tempus regit actum*” y por tanto deben aplicarse los plazos más breves de prescripción. En “*Comentarios al Código Penal*”. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Tomo I (Arts. 1 A 18). Ob. Cit. Pág. 85 y ss.

⁸⁶⁷ El Código Penal de 1995, cit. artículo 131 “*1. Los delitos prescriben: A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años. A los 15, cuando la pena máxima señalada por*

efectos de establecer la prescripción, el “*dies a quo*” que obliga a fundamentar el momento en que se reputa realizada la acción y en el que parte de la doctrina se posiciona “*in dubio pro reo*”.⁸⁶⁸

Las causas de suspensión o interrupción de este instituto, han sido motivo de posiciones contradictorias entre doctrina y jurisprudencia. Para la mayor parte de penalistas y procesalistas, la simple presentación de denuncia o querella no interrumpe la prescripción del delito, no se inicia la acción contra “*el indiciariamente responsable*” con la denuncia o querella, porque es necesario un acto de verificación de la imputación. La actuación judicial ha de encaminarse a la incoación de diligencias previas o sumario, aunque sea una resolución de mero trámite donde conste una valoración sobre el contenido. La postura de la jurisprudencia, (Tribunal Supremo) es más laxa y en general admite la presentación de denuncia o querella, como causa de interrupción de la prescripción cuando sean identificados los responsables.⁸⁶⁹ Profundizando en este punto, la redacción dada al artículo 132 del Código Penal, por LO 5/2010, no deja lugar a dudas “*La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido,*

la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años. A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10. A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año. 2. Las faltas prescriben a los seis meses. 3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo a la que exija mayor tiempo para la prescripción. 4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 5. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.”

El Código Penal de 1995, cit. artículo 133 “*Las penas impuestas por sentencia firme, prescriben: 1.) A los 30 las de prisión por más de 20; 2.) A los 25 las de prisión por 15 o más años, sin que excedan de 20; 3.) A los 20 las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15; 4.) A los 15 las de inhabilitación por más de 6 y que no excedan de 10 y las de prisión por más de 5 y que no excedan de 10.”*

⁸⁶⁸ Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FM., En “*La prescripción de los delitos y de las faltas: Doctrina y jurisprudencia*”. Ob. Cit. Pág. 173 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., En “*Recensión a La Retroactividad*”. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas. Segunda Edición de José María Suárez Collía. Foro Revista de Ciencias jurídicas y sociales. Nueva época. Numero 3. 2006.; NIETO GARCÍA, AJ., La imprescriptibilidad de las penas en el ámbito del derecho penal internacional debería comportar cuando concurren penas privativas de libertad susceptibles de prescripción con otras que no lo son, que se permitiera el cumplimiento de las penas prescriptibles con anterioridad a las imprescriptibles. En “*A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas*”. La Ley Año XXIX. Nº 7061, Ob. Cit. Pág. 5

⁸⁶⁹ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., En “*La prescripción de delito. (Tres cuestiones)*”. Editorial Dykinson 2003. Pág. 41 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., En “*La nueva regulación de la prescripción del delito*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Ob. Cit. Pág. 175 y ss. En este sentido el TC se pronuncia en auto 132/81, respecto a la denuncia, no en cuanto a la querella, que debe dar lugar a una resolución relativa su admisión o desestimación conforme a los arts. 312 y 313 LECr. El Tribunal Supremo no ha mantenido la misma posición, evolucionando hasta entender que es suficiente la presentación de denuncia y querella, cuando aparezcan datos suficientes para identificar al culpable.

cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta” Es necesario que exista procedimiento (actuación por trámites judiciales o administrativos) para la interrupción de la prescripción.

La modificación realizada por LO 5/2010, es en perjuicio del reo y estima que la presentación de denuncia o querella interrumpe la prescripción, siempre que se realice ante un órgano judicial y esté dirigida frente a una persona determinada, por plazo de seis o dos meses, según se trate de delito o falta.⁸⁷⁰

¿Qué se ha de entender por persona indiciariamente responsable del delito? La LO 5/2010, modificó el término “culpable” por “persona indiciariamente responsable del delito o falta”.⁸⁷¹ Se entiende por indicio “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”, en este sentido se venía interpretando, “imputado” o “acusado”, donde la ley decía “culpable”. El párrafo 3 especifica, “deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, mediante identificación directa o datos que permitan concretar después la identificación”.

El artículo 132.2.1 exige resolución judicial motivada que atribuya a un sujeto la participación en un presunto delito, redacción que zanja la prescripción extraprocesal, pero no se pronuncia sobre la intraprocesal (cuando tras haber presentado denuncia o querella las actuaciones sufren algún tipo de paralización que, si supera plazos de prescripción, conllevan a la extinción de la responsabilidad criminal).⁸⁷²

⁸⁷⁰ Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querrellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas. Surge la cuestión de que el Juez instructor inadmita la denuncia o querella, pero la Audiencia Provincial revoque la decisión y ordene la apertura del procedimiento. En este caso si el Auto dictado por Audiencia Provincial, está dentro del plazo de 6 meses en el caso de delitos y 2 en caso de faltas estaría dentro del plazo. Pero si supera el plazo establecido, la prescripción debe continuar, desde la interposición de la denuncia y cuando el Auto de la Audiencia sea dictado comprobar si está dentro del plazo establecido en el art. 132.2.2. Vid. RAGUÉS I VALLÉS. R., En “La prescripción de los delitos y de las penas: Una ocasión perdida”. El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinador Nuria Pastor Muñoz. Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Madrid 2012. Pág. 235.

El plazo de dos meses establecido para las faltas desaparece con efecto de 1 de julio de 2015, al ser suprimidas las faltas de la regulación penal.

⁸⁷¹ La modificación realizada por LO5/2010, vino a zanjar la polémica abierta en torno al culpable individual y colectivo, mostrando el concepto “persona indiciariamente responsable del delito” un amplio listado de potenciales responsables de actos delictivos. En definitiva considero acertada la modificación, en este sentido, realizada por ley.

⁸⁷² Cfr. MORALES GARCÍA, O., La pena ha de entenderse en abstracto, con independencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que puedan concurrir y en relación con los grados de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado. En “Código Penal con jurisprudencia”. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2013. Pág. 334.; QUINTERO OLIVARES, G., La única solución posible es que tras la presentación de querella o denuncia y hasta la resolución que dicte el órgano jurisdiccional se suspende el cómputo del plazo. Si la decisión es la inadmisión de la querella o denuncia cobraría toda su fuerza la prescripción producida. Si por el contrario

La *prescripción de la pena* se plantea cuando transcurre un determinado período de tiempo entre la firmeza de una sentencia condenatoria (o el momento de quebrantamiento) y el momento en que se hace efectivo su cumplimiento o se reanuda. El Código Penal no prevé excepción a la prescripción por causas imputables al culpable, que puede conseguir evadir su condena en el amplio margen de uno a treinta años, según sea falta o delito.⁸⁷³ En este sentido se ha pronunciado la STC 97/2010.

8.2 MODIFICACIONES EN SEDE PENAL.

La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, introdujo un plazo de prescripción de tres años para delitos menos graves que posibilitó la *prescripción* de aquellos con plazo de prescripción mayor, en la anterior legislación, al haber estado paralizados más tiempo del indicado. También introdujo la imprescriptibilidad del delito y las penas de genocidio

La reforma operada en el año 2003 introdujo la imprescriptibilidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Sin embargo la modificación de LO 5/2010, omite cualquier referencia a delitos menos graves y establece en cinco años el plazo *para los demás delitos, salvo la injuria y la calumnia, que prescriben al año*, en perjuicio del reo, que debe beneficiarse de la legislación intermedia.⁸⁷⁴

La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, no altera la redacción dada por la Ley

fuese la incoación de Diligencias Previas se habría interrumpido la prescripción. En “*La nueva regulación de la prescripción del delito*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Ob. Cit. Pág. 176.

⁸⁷³ Vid. RAGUES I VALLES, R., El plazo de prescripción de la pena es el de la condena impuesta al culpable, y en caso de indulto parcial, el modificado por este. Se toma como base la pena pendiente de ejecución y siempre la interrupción del plazo de prescripción de la pena se produce por ejecución material. Existen, no obstante, cuatro supuestos que han sido motivo de análisis por parte de la doctrina, al producirse la suspensión de la pena durante un tiempo y posteriormente volver a su cumplimiento, en relación a la posible interrupción de la prescripción: cuando se solicita un indulto y finalmente es denegado, cuando se recurre en amparo, cuando es imposible el cumplimiento simultáneo de varias penas y en caso de quebrantamiento de la suspensión de pena. En “*La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: Razones y propuestas*”. Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo. 2013. Pág. 224 y ss.

⁸⁷⁴ Vid. RAGUES I VALLES, R., Delitos de tan frecuente aplicación, como lesiones, hurto, robo con fuerza, estafa y apropiación indebida básicos vean ampliado su plazo de prescripción en dos años. En “*La prescripción de los delitos y de las penas: Una ocasión perdida*”. El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinador Nuria Pastor Muñoz. Ob. Cit. Pág. 222.

Orgánica 5/2010 en cuanto al plazo de prescripción y tan sólo suprime la referencia en el apartado segundo en relación a las faltas.

En relación a la responsabilidad penal del menor, Ley Orgánica 5/2000 suaviza la prescripción para hechos delictivos cometidos por menores, permitiendo aplicar la Ley especial y la *prescripción* a hechos delictivos cometidos por menores, con anterioridad a lo establecido en el Código Penal.⁸⁷⁵

La prescripción del régimen especial para menores de edad, víctimas de determinados delitos, ha sido aceptada y conforme a ella los términos se computarán desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento.⁸⁷⁶

La citada reforma, modificó el Código, para “*la no prescripción de los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.*”⁸⁷⁷ En general, la reforma ha aumentado el plazo de prescripción de penas elevadas.

La doctrina, en general, se muestra partidaria de establecer una separación de acciones dentro de los delitos, de forma que los más graves puedan gozar de la prerrogativa de la imprescriptibilidad y aquellas otras que tienen prevista una penalidad inferior llevarán aparejada la regla de los plazos comunes de prescripción.⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ Artículo modificado por la LO 8/2006 de 4 de diciembre. Art. 15 LORRPM: 1. *Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años; Prescriben a los cinco años, los delitos tipificados, en el CP, con pena superior a 10 años; A los tres cuando se trate de delitos graves; A los 3 cuando se trate de cualquier otro delito grave; Al año cuando se trate de delitos menos graves; A los 3 meses cuando se trate de una falta.* 2. *Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.*

⁸⁷⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., Estos delitos son la tentativa de homicidio y delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo existen otros delitos que no se encuentran sometidos a la misma regla, como la apropiación indebida cometida por tutores o albaceas y que pudieran haber sido contemplados en la Reforma de 2010. En “*La nueva regulación de la prescripción del delito*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Ob. Cit. Pág. 178.

⁸⁷⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R., Esta novedad se justifica en el preámbulo con la idea de que en el caso de homicidios cometidos por sujetos que actúan “*al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas*” la necesidad de pena subsiste mientras vivan los responsables. En “*La prescripción de los delitos y de las penas: Una ocasión perdida*”. El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinador Nuria Pastor Muñoz. Ob. Cit. Pág. 225.

⁸⁷⁸ NIETO GARCÍA, AJ., Para este autor resultaría apropiado mantener la imprescriptibilidad de todas las conductas descrita a propósito de cualquiera de los tres delitos previstos por diferentes razones: por razones de legalidad (genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) por haberlo establecido el legislador español en los artículos 134.4 y 133.2 y por establecerlo así el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998; por establecerlo así el Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crimines de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968; porque en Derecho comparado se consideran también

8.2 RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, al respecto de esta institución, en cuanto a su naturaleza y ha admitido, de forma unánime, el carácter material y no procesal en materia penal, en STC 63/2005, que introduce un novedoso criterio, *“no es suficiente la presentación de denuncia o querella para interrumpir el plazo de prescripción, que ha sido reiterado en sentencias posteriores.”*⁸⁷⁹

El Tribunal Supremo, apoya la prescripción en razones subjetivas, objetivas, éticas, prácticas y encuentra justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica.⁸⁸⁰ Si bien este mismo Tribunal ha admitido una doble naturaleza, material y

imprescriptibles las acciones y penas recogidas en el texto de la Corte Penal internacional. En *“A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad e delitos y penas”*. Diario La Ley Año XXIX. Nº 7061. Ob. Cit. Pág. 3

⁸⁷⁹ Vid. STC 63/2005 de 14 de marzo. Sala Penal. Ponente Eugeni Gay Montalvo. Fundamento de Derecho Cuarto: *“El plazo de prescripción «toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal» (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). De manera que lo que la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen....Continúa en Fundamento de Derecho Quinto: ...Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi.....Cualquier otra interpretación permanecería, por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría, con ello, la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del ius puniendi por parte del Estado”*. En el mismo sentido STC 29/2008 de 20 de febrero. Sala Penal. Ponente Pascual Sala Sánchez. Fundamento de Derecho Séptimo y Décimo; 147/2009 de 15 de junio. Sala Penal. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento de Derecho Segundo; 206/2009 de 23 de noviembre. Sala Contencioso-Administrativa. Eugeni Gay Montalvo. Fundamento de Derecho Segundo; 59/2010 de 4 de octubre. Sala Penal. Ponente Eugeni Gay Montalvo. Fundamento de Derecho Segundo. 95/2010 de 15 de noviembre. Sala Segunda. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento de Derecho Quinto.

⁸⁸⁰ Vid. STS de 10 de mayo de 2007. Resolución 383/2007. Sala Penal. Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. Fundamento de Derecho Segundo. *“en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación. La institución de la prescripción, en general -se dice en la sentencia del TC 157/1990 de 18 de octubre de 1.990 -, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el artículo 9.3 de la CE, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho Penal, se completa y acentúa en el derecho*

procesal.⁸⁸¹ Sin embargo mantiene una posición firme y contraria, a la expuesta por el Constitucional, basada en la interrupción de la prescripción con la presentación de denuncia o querrela, que ha sido ratificada por el Pleno no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005.⁸⁸²

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996, opta por la naturaleza sustantiva y es de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal en lo favorable al reo.⁸⁸³

La naturaleza de instituto de orden público lleva aparejado que pueda ser declarada de oficio y alegado en cualquier fase del procedimiento “*in dubio pro reo*” y como requisito que el hecho aparezca perfectamente delimitado.⁸⁸⁴

fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 de la CE) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el artículo 22.2 de la CE asigna a las penas privativas de libertad.

La prescripción penal responde, pues, a principios de orden público primario; es -cual constata la Sentencia de 1 de febrero de 1.968 - de orden público, interés general y político penal, respondiendo – añade la sentencia de 31 de mayo de 1.976 - a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (Cfr. sentencias de 11 de junio de 1.976, 28 de junio de 1.988, 18 de junio de 1.992 y 20 de septiembre de 1.993). También pero basadas en otra fundamentación STS 25 de abril de 1990. Sentencia 1467. Sala Segunda. Ponente Manuel García Miguel. Fundamento de Derecho Cuarto (su naturaleza concuerda con los fines de la pena) STS 15 de enero de 1992. Sentencia nº 81. Sala Penal. Ponente Luis Román Puertas. Fundamento de Derecho Primero. STS 10 de febrero de 1993. Sala Penal. Ponente Enrique Ruiz Vadillo. Fundamento de Derecho Tercero.

⁸⁸¹ Vid. STS 30 de junio de 2000. Resolución 1173/2009. Sala Penal. Ponente Gregorio García Ancos. Fundamento de derecho Primero; *Así la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1.994 (en el llamado caso "Ruano") indica que "la figura jurídica de la prescripción en el orden penal contiene en sí misma una doble naturaleza jurídica, tanto de tipo adjetivo, como sustantivo, pues, de una parte, y para poderse concretar como existente, es necesario acudir a las normas procesales que nos enseñan la realidad del trámite y los correspondientes plazos del mismo, y, de otra, también es necesario entender que la prescripción contiene un carácter sustantivo o de fondo ya que nada menos, y a su través, puede llegarse a conclusión o resolución tan importante como es la extinción de la responsabilidad penal, con todas las demás consecuencias favorables para el presunto reo."*

⁸⁸² Vid. STS 21 de junio de 2006. Resolución 671/2006. Sala Penal. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Fundamento de Derecho Octavo; STS de 19 de mayo de 2005. Resolución 643/2005. Sala Penal. Ponente José Antonio Martín Pallín. Fundamento de Derecho Décimo. 8º; STS 14 de marzo 2003. Resolución 298/2003. Sala Penal. Ponente. José Ramón Soriano Soriano. Fundamento de Derecho Primero. 8º b). En alguna ocasión ha entendido que la declaración es suficiente para interrumpir la prescripción; STS 27 de marzo de 2003. Resolución 441/2003. Sala Penal. Ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. Fundamento de Derecho Segundo “*Así las cosas, no puede cuestionarse que el procedimiento se dirigió contra el que ahora recurre ya en ese primer momento en el que se le hizo objeto de investigación patrimonial, pero, sobre todo, al recibírsele la primera declaración, a la que respondió de modo que demuestra que estaba informado de que se le oía como posible implicado en la ejecución de algún acto delictivo, suficientemente individualizado en sus rasgos caracterizadores.*”

⁸⁸³ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996 de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: VII. Prescripción. (Consulta 6/1995 de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo). Aboga por la prescripción cuando con arreglo al nuevo Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación, estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor del nuevo texto punitivo.

Es pacífica y constante, la jurisprudencia, al establecer el plazo de prescripción del delito, que será la pena en abstracto, con independencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.⁸⁸⁵ Comienza, el plazo de prescripción, cuando el delito termina con la producción del resultado típico. Si existen nociones aproximadas, pero se desconoce la fecha exacta, la jurisprudencia establece que no debe quedar sometida, esta situación de duda al principio de la carga de la prueba y se pronuncia “*in dubio pro reo*”.⁸⁸⁶

El Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010, señala el cómputo de la prescripción de un delito que condene en su descripción normativa un tipo básico y otro agravado, y para ello tendrá en cuenta el plazo

⁸⁸⁴ Vid. STS 23 de noviembre de 2001. Resolución 2231/2001. Sala Penal. Ponente Joaquín Giménez García. Fundamento de Derecho (Recurso de David) “*Desde el reconocimiento de la prescripción como instituto de naturaleza sustantivo o material y la legitimidad de plantear dicha cuestión en cualquier fase del procedimiento, incluido el recurso de casación STS nº 1079/2000 de 19 de Julio, y las allí citadas, debemos rechazar la denuncia efectuada.*”

⁸⁸⁵ Vid. STS 24 de julio de 2012. Resolución 651/2012. Sala Penal. Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. Fundamento de Derecho Cuarto “*Las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de julio de 2000 y 2 de febrero de 2002, entre otras, señalan que de una interpretación tanto literal, como lógica y finalista de lo dispuesto en el art. 131 del vigente Código, equiparable a lo establecido en el art. 113 del Código de 1973, se deduce que la cuantía de la pena correspondiente al delito que se dice prescrito, debe ser la máxima que la Ley le señale y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga en cada caso concreto, ya que esto último no es cuestión de legalidad sino simplemente de individualización de la pena, que el legislador no debe, ni puede, tener en cuenta al establecer el tiempo prescriptivo con base a la duración de la sanción penal*”. También Acuerdo de 16 de diciembre de 2008. “*Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997.*”

⁸⁸⁶ Vid. STS 21 de diciembre de 1999. Resolución 1493/1999. Sala Penal. Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón. Fundamento de Derecho Decimocuarto: “*La prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico.*”; 05 de mayo de 1999. Resolución 687/1999. Sala Penal. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar. Fundamento de Derecho Décimo “*La fecha de comienzo de la prescripción de los delitos permanentes es la de finalización de la acción típica*”; 18 de mayo de 2001. Resolución 888/2001. Sala Penal. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar. Fundamento de Derecho Segundo: “*La Sala de instancia aprecia un delito continuado de apropiación indebida, cuyo efecto jurídico se agota en la consideración penal del total defraudado, es decir en la valoración de una única cifra -la suma de las defraudaciones- y no de cada acción defraudatoria, que es el efecto propio general de la continuidad delictiva en los delitos contra el patrimonio*”. STS 26 de octubre de 1999. Resolución. 1497/1999. Sala Penal. Ponente Enrique Bacigalupo Zapater. Fundamento de Derecho Único “*Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar, además, que, en todo caso, si no consta la fecha de la acción, no es posible considerar como momento de la misma el más perjudicial para el acusado, pues de esa manera se vulneraría el principio “in dubio pro reo”*”. STS 25 de abril de 1998. Resolución. 551/1998. Sala Penal. Ponente Carlos Granados Pérez. Fundamento de Derecho Tercero. “*Así las cosas, ante la omisión de esos elementos fácticos que resultan imprescindibles para poder hacer un pronunciamiento sobre la prescripción de esos otros dos delitos de agresión sexual objeto de condena, y no pudiéndose mantener una lectura contraria a los intereses del acusado, procede absolverle de dos de los delitos de agresión sexual y mantener la condena exclusivamente respecto de uno de ellos, acaecido en el año 1990, ya que el artículo 430 del Código derogado castigaba las conductas delictivas objeto de enjuiciamiento con pena de prisión menor, delitos que, conforme a lo que se dispone en el artículo 113 del mismo texto legal, prescriben a los cinco años.*”

correspondiente al delito cometido, siendo éste el declarado como tal en la resolución judicial que se pronuncie.

No se toman en consideración las consecuencias agravadas rechazadas por el Tribunal sentenciador. El mismo criterio se aplica cuando los hechos delictivos sean degradados a falta. En delitos conexos o concurso de infracciones se tomará en consideración el delito más grave declarado por el Tribunal sentenciador.

Las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden la eficacia interruptiva, que tuvieran en su momento.⁸⁸⁷

9. REINCIDENCIA Y ANTECEDENTES PENALES

9.1 INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

La fórmula más amplia, en Derecho comparado, en cuanto a la delimitación del ámbito temporal, por los posibles efectos retroactivos de la ley favorable al reo, viene establecida en el art. 2.2 CP “*las leyes penales que favorezcan al reo tendrán efecto retroactivo aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*”. Su aplicación se produce cuando no haya recaído sentencia firme, cuando siendo firme la sentencia no se hubiese ejecutado y cuando esté en fase de ejecución, para adecuar la pena impuesta al nuevo marco legal.⁸⁸⁸

Una parte de la doctrina, entre los que destaca COBO DEL ROSAL, considera que la ley favorable produce efectos retroactivos, incluso, respecto de sentencias firmes ya ejecutadas, a efectos de reincidencia y cancelación de antecedentes penales.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N. Así se dispuso en Acuerdo sobre prescripción de 27 de abril de 2011, que discutía la aplicabilidad del art. 132.1.2 a delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de LO 5/2010. En “*Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*”. Ob. Cit. Pág. 252.

⁸⁸⁸ Vid. MORA SÁNCHEZ, JM., En “*Límites al poder punitivo del Estado (V)*”. Derecho Penal. Parte General. Director José M. Zugaldía Espinar. Ob. Cit. 278

⁸⁸⁹ Vid. COBO DEL ROSAL, M/QUINTANAR DÍEZ, M., En “*Instituciones de Derecho Penal*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 98 y ss.; MORA SÁNCHEZ, JM., En “*Límites al poder punitivo del Estado (V)*”. Derecho Penal. Parte General. Director José M. Zugaldía Espinar. Ob. Cit. 278 y ss.; LANDECHO VELASCO, CM/MOLINA BLÁZQUEZ, C., Salvo en los supuestos de cambio de límite de la cuantía, se suprimen los antecedentes penales, siempre que una conducta deja de ser delito o se acorta el plazo de prescripción y cuando la conducta pasa de delito a falta. En “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Ob. Cit. Pág. 146. En contra ANTÓN ONECA, J/RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA., En “*Derecho Penal*” Parte General. Ob. Cit. Pág. 108 y ss.

Otro sector doctrinal pone límites a lo establecido en el art. 2.2 CP cuando “no se haya cumplido totalmente la condena al momento de entrar en vigor la nueva ley.”⁸⁹⁰

No obstante las DDTT Quinta y Sexta de Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre limitan la revisión de sentencias en suspenso, cuyo penado se encuentre en situación de libertad condicional, estén totalmente ejecutadas y aquellas cuya pena sea de multa en ambas normas. En las privativas de libertad no se revisarán penas en ejecución cuando la impuesta con sus circunstancias sea imponible con la nueva norma. En el mismo sentido las DDTT Segunda y Tercera de Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, la DT Segunda de Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y DT 2, párrafo 2 de Ley 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.⁸⁹¹

El problema principal se plantea, a efectos de reincidencia, cuando el penado ha cumplido la pena y queda extinguida la responsabilidad penal por delito, sin embargo los antecedentes penales prolongan la pena.⁸⁹² En la posterior actuación delictiva del sujeto, el registro de antecedentes penales recuerda, al órgano judicial, la existencia de uno o varios delitos que figuran dentro del mismo capítulo del texto penal y es aplicado a efectos de agravación penal.

A este respecto, BUENO ARÚS, se pregunta ¿el hecho de volver a tener en cuenta el anterior delito cometido ya pagado, para una posterior calificación de

⁸⁹⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., No tiene sentido apelar al “*espíritu*” del art. 2.2 CP, cuando la voluntad del legislador desmiente la pretendida eficacia retroactiva ampliatoria, pues no cabe duda que si el legislador hubiese querido declararla, lo habría hecho. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 904; CERESO MIR, J., En *“Curso de Derecho Penal Español”*. Parte General I. Introducción. Ob. Cit. Pág. 230.

⁸⁹¹ Vid. LLABRÉS FUSTÉR, A., En *“Comentarios al Código Penal”*. Director Manuel Gómez Tomillo. Ob. Cit. Pág. 42.

⁸⁹² Existe una contradicción entre la agravante de reincidencia y la extinción de la responsabilidad criminal. La extinción de la pena se produce por el cumplimiento, sin embargo los antecedentes penales, alargan esta situación.

La Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, cit. artículo 22. 8 “*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo*”.

La Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal cit. artículo 130 “*La responsabilidad criminal se extingue: 1º Por la muerte del reo; 2º Por el cumplimiento de la condena 3º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 de este Código.....*”.

La Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, cit. artículo 136.2 “*Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables: 2.º Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves*”.

reincidencia, supone una flagrante violación del principio de justicia *ne bin in ídem*?⁸⁹³ Desde una perspectiva de prevención especial, cualquier anotación en el Registro impide el acceso al disfrute de derechos y beneficios y resulta ser un obstáculo para la reinserción social efectiva del sujeto. Y desde el punto de vista de la prevención general, resulta también un obstáculo, al impedir que el condenado pueda tener una ocupación que le permita llevar una vida sin delitos, y se verá forzado a delinquir de nuevo.⁸⁹⁴

La postura crítica mantenida por la doctrina, al respecto de la reincidencia, no es algo nuevo y pese a la insistente petición de su desaparición del Código Penal se ha mantenido, tras numerosas reformas, desde la entrada en vigor del actual Código Penal. Se alega vulneración del principio *ne bis in ídem*, que supone límite al *ius punendi* del Estado, material y formal, implícito en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.⁸⁹⁵ ¿Puede hablarse de una vulneración de este principio en cuanto se aplica una condena superior y cualificada, por un delito ya sentenciado que da lugar a la agravación en posteriores condenas?⁸⁹⁶

GRIOTZARD, abogado, por la supresión de la reincidencia del Código Penal, y esbozaba varias razones: el hábito de delinquir debe tratarse como causa de atenuación, la ineficacia de la pena sufrida debía llevar a impedir su reingreso en el lugar inútil para su enmienda y la imposibilidad de castigar la moral en nombre del derecho.⁸⁹⁷

Hoy la mayor parte de la doctrina también se inclina por la supresión de la reincidencia, que existe por un fin expiatorio de la pena.⁸⁹⁸ Los efectos negativos de la

⁸⁹³ Vid. BUENO ARÚS, F., En “*La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*”. Editorial Aranzadi SA. 2005. Pág. 149 y ss.

⁸⁹⁴ Cfr. BUENO ARÚS, F., El origen histórico de los precedentes de los antecedentes penales se encuentra en la necesidad de identificar a los delincuentes que perseveran en la carrera delictiva a efectos de aplicación de agravantes, tales como reincidencia, habitualidad etc., a efectos sociales de identificación y control, no judicial ni procesal, por parte de la sociedad. En “*La cancelación de antecedentes penales*”. Thomson Civitas. Madrid 2008. Pág. 22 y ss.

⁸⁹⁵ Vid. MATA DE FRANCISCO, J., En “*Ne bis in ídem y seguridad jurídica*”. Tesis doctoral. Inédita. Director Fernando Santa Cecilia García. Ob. Cit. Pág. 125 y ss.: STC 2/1981 de 30 de enero. Sala Civil. Ponente Manuel Díez Velasco Vallejo. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁸⁹⁶ A este respecto el Tribunal Constitucional reconoce que puede hablarse de vulneración del principio *ne bis in ídem*, no sólo cuando exista una doble incriminación penal-administrativa, sino también cuando exista esa doble incriminación en el ámbito penal. STC 66/1986 de 23 de mayo. Sala Penal. Ponente Ángel Latorre Segura. Fundamento de Derecho Segundo, “*Y aunque tal principio se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de Sentencias condenatorias distintas*”.

⁸⁹⁷ Vid. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., En “*El Código Penal de 1870 concordado y comentado*” Segunda Edición Tomo I. Madrid 1902. Pág. 491 y ss.

⁸⁹⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., Se ha pretendido apartar de la sociedad durante el mayor tiempo posible a los que recaen en su actividad delictiva, pues con ello se persigue que la sociedad se considere menos amenazada por los delincuentes. En “*La reincidencia*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Editorial Constitutio Criminalis Carolina. 2013. Pág. 690.

prisión son favorables para la reincidencia y la posibilidad de caer en el delito obedece a factores de riesgo, en personas con un bajo autocontrol de resistencia a estímulos exteriores respecto a la comisión de hechos delictivos.⁸⁹⁹ Es la única agravante que afecta a la determinación de la pena en sentido amplio limitando el acceso a ciertos beneficios penales y penitenciarios y supone una excepción al sistema general de circunstancias que obstaculizan la reinserción del delincuente.⁹⁰⁰

9.2 INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Constitucional resolvió la constitucionalidad de la reincidencia en STC 150/1991 y determinó su fundamento en la mayor peligrosidad del autor, mayor culpabilidad, conducta debida, insuficiencia de las penas impuestas y habitualidad.⁹⁰¹

Las circulares de la Fiscalía han servido de orientación para la interpretación jurisprudencial. La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1973, basa en determinados criterios la reincidencia, como insuficiencia de la pena anterior, personalidad del agente y peligrosidad.⁹⁰² La Circular de la Fiscalía 2/1996 exige para apreciar reincidencia *identidad de objeto de protección y forma de ataque*, con algunos matices.⁹⁰³ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, ha mantenido la aplicación del principio de

⁸⁹⁹ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., En “*La reincidencia*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ob. Cit. Pág. 692.

⁹⁰⁰ Vid. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, EM., En “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”. Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición revisada y puesta al día. Valencia 2004. Pág. 896.

⁹⁰¹ Vid. STC 150/1991 de 4 de julio. Pleno. Ponente Luis López Guerra. Fundamentos de Derecho Segundo a Décimo: “*Pero si bien la reincidencia es desde antiguo en la doctrina penal una de las instituciones más controvertidas, tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica como a su fundamentación y razón de los efectos que produce, es clara y precisa, aunque discutida, la finalidad y consecuencia de su apreciación: su necesaria consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas prescritas en el Código Penal (arts. 58 y ss. C.P.), y la exclusión de determinados beneficios penales y penitenciarios*”.

⁹⁰² Cfr. Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1973. Pág. 222 y ss.

⁹⁰³ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996. Las condenas por hechos despenalizados o convertidos en faltas, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de reincidencia, recabando testimonio de la sentencia. En relación con modificaciones de cuantías que suponen la conversión en falta de delitos, se aprecian como antecedentes. En cuanto a las modificaciones de valoración de hechos sentenciados y no revisados, tendrán relevancia a efectos de suspensión de condenas a penas privativas de libertad. La habitualidad se entiende que procede su estimación cuando la figura penal equivalente en el nuevo CP está recogida en el mismo capítulo.

retroactividad por razones de justicia material, en supuestos en que la condena está ya totalmente ejecutada.⁹⁰⁴

El Tribunal Supremo se pronuncia en contra de la aplicación retroactiva a supuestos en que la pena hubiese sido cumplida.⁹⁰⁵

La limitación contenida en DDTT Quinta y Sexta de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de no revisión de sentencias cuando la pena a imponer con sus circunstancias sea también impuesta con la nueva ley, ha sido matizada por el Tribunal Supremo, a raíz de la modificación de la Ley Orgánica 5/2010.⁹⁰⁶

En relación a la cancelación de antecedentes penales, el plazo se cuenta desde el día siguiente al que se extingue la pena, pero en caso de remisión condicional, se tiene en cuenta la remisión definitiva retrotrayéndola al día en que hubiese quedado cumplida la pena.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ Cfr. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004, en las modificaciones de cuantía diferenciadora entre delitos y faltas no se tiene en cuenta a efectos de la conversión de delito a falta.

⁹⁰⁵ Vid. STS 20 de enero de 1998. Resolución 46/1998. Sala Penal. Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Fundamento de Derecho Segundo. *“El efecto retroactivo de la normativa más favorable alcanza como máximo punto que al publicarse la nueva ley hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena”*. Para la pena de multa, STS 3 de febrero de 2001. Resolución 113/2001. Sala Penal. Ponente José Antonio Marañón Chavarrí. Fundamento de Derecho Segundo *“la retroactividad tiene un límite, que consiste en que en virtud del mismo no pueden dejarse sin efectos las penas ya cumplidas, y deshacerse lo ya ejecutado.... En relación a las penas de multa, el criterio contrario a la devolución de las cuotas dinerarias ya abonadas en fase de ejecución se manifiesta en la Ley de indulto de 18.6.1870, modificada por Ley 1/88, al establecerse en el art.8º que el indulto de pena pecuniaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que se determinase expresamente”*.

⁹⁰⁶ Vid. STS 21 de diciembre de 2012. Resolución 1012/2012. Sala Penal. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Fundamento de Derecho Segundo. *“Así en la STS 354/2011 de 6-5, se precisó que “la pena impuesta en la sentencia firme sea también “imponible” según la norma reformada..., sino en el sentido de que, siendo posible según las previsiones legales, sea además pena procedente a partir de ellas y de los elementos fácticos concurrente en el relato histórico. Así el que la pena impuesta en la sentencia firme se sitúe también dentro de los límites legales del tipo penal reformado, no es impedimento de la revisión si al subsumir los hechos probados en la norma reformada la pena procedente es más favorable que la pena impuesta”*.

⁹⁰⁷ Vid. STS 16 de abril de 2010. Resolución 333/2010. Sala Penal. Luciano Varela Castro. Fundamento de Derecho Cuarto. En todo caso, el artículo 136.3 del Código Penal establece que, para la cancelación de antecedentes penales, el cómputo del plazo sin comisión de nuevo delito *se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio* En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

10. CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

La doctrina jurisprudencial, no tiene carácter normativo, y por tanto no se le puede aplicar el principio de irretroactividad. Retroactividad e irretroactividad, hacen referencia a *Ley*, no a jurisprudencia cuya naturaleza dinámica y función difiere de la Ley.

La Jurisprudencia no es fuente de derecho y conforme a lo expuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, debe ir adecuando la interpretación de la ley a la situación temporal, que la realidad social hace aconsejable modificar *“siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria”*.⁹⁰⁸ En este sentido se pronuncia STS de 06 de septiembre de 1994 *“la jurisprudencia, aunque no es fuente del Derecho, sí constituye un modo interpretativo esencial de las normas y de los conceptos que en ellas se contienen, sirviendo de guía principal a los que adecuadamente pretenden aplicarlas, y, por tanto, sirviendo también para establecer, o al menos, reforzar el principio de seguridad jurídica”*.⁹⁰⁹ Complementará el ordenamiento jurídico STS 20 de diciembre de 2001 *“en el sentido esencial de conseguir la unidad de criterio”*.⁹¹⁰

Su función es interpretar de una manera dinámica, la Ley, y nunca puede suponer ensanchamiento de fronteras que delimitan el ámbito de lo punible. Un cambio normativo puede implicar un giro en la doctrina a aplicar *“y por ende un apartamiento de cambio, respecto de la jurisprudencia existente, pero ello nunca puede tener lugar cuando se vulnere el principio de retroactividad.”*⁹¹¹ En este sentido, cita GARCÍA-

⁹⁰⁸ Vid. VIDALES RODRIGUEZ, C., En *“La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2001. Pág.116 y ss.; SUAREZ COLLÍA, JM., En *“La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas”*. Ob. cit. Pág. 56.; PASQUAU LIAÑO, M., Lo que sí parece claro es que a la doctrina jurisprudencial no le resulta aplicable el principio de irretroactividad. En *“Jurisprudencia Civil comentada: Código Civil”*. Tomo I. (Artículos 1 a 608). Dirección. Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías. Ob Cit. Pág. 21; En el ámbito civil respecto a la sucesión de títulos nobiliarios la STS 03 de abril de 2008. Sala Civil. Resolución 251/2008. Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento de Derecho Cuarto. *“La regulación con efectos retroactivos está permitida al legislador, aun en los casos más cualificados de retroactividad propia, cuando por circunstancias excepcionales es indispensable para el bien común; y, cuando se trata de retroactividad impropia, es constitucionalmente legítima cuando aparece justificada con arreglo a una ponderación de las razones que aconsejan la modificación del régimen jurídico, frente a las exigencias del principio de seguridad jurídica”*. En este sentido STS 11/02/2015. Resolución 50/2015. Sala Civil. Ponente Eduardo Baena Ruiz. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁹⁰⁹ Vid. STS de 6 de septiembre de 1994. Sentencia nº 2.379. Sala Penal. Ponente: Gregorio García Ancos. Recurso de Casimiro. Fundamento de Derecho. Recurso de Luis Antonio. Primero.

⁹¹⁰ Cfr. STS 20 de diciembre de 2001. Sala Civil. Ponente. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁹¹¹ Cfr. STS 03 de enero de 2013. Resolución 1079/2012. Sala Penal. Ponente. Antonio del Moral García. Fundamento de Derecho Cuarto. *Nada obsta a lo anterior el hecho de que el cambio de criterio de la Audiencia Nacional en marzo de 2006 frente a su anterior decisión firme adoptada en 1997, se funde en*

PABLOS, los patrones interpretativos que aportan al ciudadano seguridad jurídica (fidelidad al tenor literal y textual de la proposición normativa; prohibición de analogía; motivación de la sentencia; interdicción de la arbitrariedad de las decisiones discriminatorias, *ad personam o por causum*”; rechazo de los fallos no razonables o imprevisibles para el ciudadano) los que debe respetar la jurisprudencia en sus resoluciones, y que son garantía exigida a la ley como fuente del Derecho.⁹¹²

No obstante la indeterminación de la norma impone, de manera inevitable, un cierto grado de discrecionalidad al Juez, encargado en exclusiva, de interpretar y aplicar la legislación, para subsumir en las normas, supuestos de hecho.⁹¹³

En atención al mandato de prohibición de retroactividad, establecido en el artículo 9.3 CE y la aplicación de retroactividad a favor del reo, dispuesto en el artículo 2 del CP, parecen no existir fisuras en la irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales posteriores a la comisión del delito, en perjuicio del reo.⁹¹⁴ El contexto en que surge el principio de legalidad, según MADRID CONESA se ha ido modificando para adaptarse a la nueva sociedad. Ahora el fundamento del principio de irretroactividad, es fundamento para extraer la necesidad de ampliar su campo tradicional de aplicación, teniendo en cuenta la protección de la seguridad jurídica que puede verse vulnerada si se permite una nueva interpretación que conlleve consecuencias desfavorables.⁹¹⁵

la aplicación de un nuevo criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo pocas semanas antes, pues los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior, ni justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella (STC 219/2000, de 18 de septiembre, FFJJ 6 y 7), lo que debió haber sido tenido en cuenta por el órgano judicial a la hora de determinar el alcance, en el caso concreto, del citado cambio de criterio jurisprudencial".

⁹¹² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En cuanto al error de prohibición ha de afectar a la conciencia de la antijuridicidad y por ello un cambio jurisprudencial que perjudique a elementos del hecho punible, determinaría un error sin relevancia penal. En defecto de error de prohibición, si acepta la atenuación de la responsabilidad criminal del autor por vía del artículo 66.6 del CP. En *"Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal"*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 881.

⁹¹³ Vid. SUÁREZ COLLÍA, JM., En *"La retroactividad. Normas Jurídicas retroactivas e irretroactivas"*. Ob. Cit. Pág. 55 y ss.

⁹¹⁴ Vid. CEREZO MIR, J., En *"Curso de Derecho Penal español"* Parte General I. Introducción. Ob. Cit. Pág. 226; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *"Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal"*. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 878.

⁹¹⁵ Vid. MADRID CONESA, F., En *"El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo"*. Colección de Estudios. Serie Minor. Instituto de criminología y departamento de derecho penal. Universidad de Valencia. 1982. Pág. 12 y ss. También en este sentido VIDALES RODRÍGUEZ, C., En *"La retroactividad de los cambios jurisprudenciales"*. Ob. Cit. Pág. 114.

En Derecho Penal deben reducirse las posibilidades de interpretación y respetar escrupulosamente las garantías constitucionales.⁹¹⁶

10.1 MODIFICACIONES IN PEIUS

Para un importante sector de la doctrina la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables al reo ha de hacerse extensiva, por analogía, a los cambios de criterio *in peius* de la Jurisprudencia. El principal argumento a favor de esta postura es la garantía de seguridad jurídica.⁹¹⁷ Se han propuesto varias tesis, para argumentar la necesidad de reservar a la Ley, la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo.

Un sector doctrinal entiende que “*por analogía*” debe hacerse extensiva, la prohibición de retroactividad de leyes penales a los cambios de criterio “*in peius*” de la jurisprudencia.⁹¹⁸ CEREZO, argumenta que no se debe extrapolar la prohibición de retroactividad de la Ley, a la jurisprudencia si perjudica al reo.⁹¹⁹ El Tribunal Supremo,

⁹¹⁶ Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., El artículo 1.6 CC, encomienda al Tribunal Supremo *la función de interpretar y aplicar las leyes, con la doctrina jurisprudencial, que complementará el ordenamiento jurídico*. Y esta labor que desempeña el intérprete penal es un instrumento valiosísimo para poder adaptar la norma a la realidad social cuando la misma no contiene la deseada precisión. En “*Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*”. Ob. Cit. Pág. 103. La jurisprudencia aunque no es fuente del derecho está calificada como fuente complementaria.

⁹¹⁷ Cfr. RUÍZ ANTÓN, LF., Se trata de un problema de aplicación de la legislación vigente. La ley y la aplicación judicial del derecho representan una unidad de la cual se deduce lo que está o no prohibido. En “*El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7. Ob. Cit. Pág. 163 y ss.; MORA SÁNCHEZ, JM., En “*Límites al poder punitivo del Estado (V)*”. Derecho Penal. Parte General. Director José M. Zugaldía Espinar. Cit. Pág. 282; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Según esta tesis la sentencia que consolidase el cambio de doctrina debiera limitarse a consignarlo para que surtiera efectos en lo sucesivo, pero no en el caso enjuiciado. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 879.

⁹¹⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Se alega para tal equiparación que la no retroactividad de los cambios de criterio que perjudican al reo, de la doctrina jurisprudencial es una garantía para el ciudadano y manifestación del principio de seguridad jurídica, en definitiva. Por tanto la sentencia que consolidase el cambio de doctrina debe hacerlo para el futuro, para que surta efectos en lo sucesivo. En “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*”. Vol. II. Ob. Cit. Pág. 879.

⁹¹⁹ Vid. Vid. CEREZO MIR, J., Desde el momento en que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general, de segura aplicación en el futuro, carece de fundamento exigir la irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables para el reo. En “*Derecho Penal Español*” Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 226. Este es también el criterio seguido por el Tribunal Supremo. STS 1 de octubre de 1998. Resolución 1102/1998. Sala Penal. Ponente Cándido Conde-Pumpido Touron. Fundamento de Derecho Único “*Por otra parte, es evidente que no es aplicable el criterio jurisprudencial más moderno que considera la existencia de un mero concurso de leyes en la concurrencia aparente de estos delitos (cfr. STS 24 de noviembre de 1997). En ese sentido, no sólo no lo reclama el recurrente, sino que esta Sala ha mantenido con claridad que el principio de legalidad no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las leyes, por lo que no resulta prohibida la aplicación de criterios desfavorables derivados de cambios jurisprudenciales razonados y fundamentados (cfr. STS 11 de mayo de 1994). La conclusión es evidente: tampoco la jurisprudencia más*

manifiesta “*La doctrina jurisprudencial no consiste, ni en una disposición, ni en una “norma” sino más bien en unos “criterios de aplicabilidad” consustanciales con el ejercicio de la función y la independencia propias de los Tribunales, y aunque estos criterios puedan ser modificables razonablemente en un supuesto concreto, esto no impide, para la uniformidad y estabilidad de la doctrina, que se precise, en orden a constituir motivo casacional, una cierta reiteración o estabilidad en el criterio*”.⁹²⁰

Otro sector doctrinal se inclina por entender que el cambio de criterio de la jurisprudencia en perjuicio del reo, afecta a la conciencia de la antijuridicidad.⁹²¹

Por último, un tercer planteamiento doctrinal, reclama *atenuar la responsabilidad criminal* cuando el cambio de orientación de la doctrina jurisprudencial perjudica al reo, en base a la menor entidad del injusto realizado.⁹²²

GARCÍA-PABLOS, se posiciona de manera firme, y declina la extensión a los cambios de orientación de la doctrina jurisprudencial desfavorables para el reo, en cuanto la prohibición de retroactividad, recogida en los artículos 9.3 y 25.1 CE (incluso los artículos 1.1 y 2.1 CP) afecta exclusivamente, a la Ley. La prohibición de retroactividad es exclusiva de la Ley, y a los jueces corresponde interpretar y aplicar ésta de manera independiente, sin someterse a precedente judicial. En uso de esa libertad, pueden cambiar de criterio para adaptar el mandato normativo abstracto a la realidad social, mejorando o empeorando la situación del reo, por ello no es necesario extender el mandato de irretroactividad a esta fuente complementaria, siempre que en

favorable está incluida en la cláusula del art. 2.2 del Código penal”; MADRID CONESA, F., Apunta a la posibilidad de interponer Recurso de Amparo. En “*El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*”. Ob. Cit. Pág. 34 y ss.; VIDALES RODRIGUEZ, C., Sorprende que no se haya planteado la posibilidad de considerar este tipo de error como un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, como un error sobre el tipo, porque el sujeto desconocía que su actuar concurrían todos los elementos típicos requeridos. En “*La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*” Ob. Cit. Pág. 118.

⁹²⁰ Vid. STS 28 de abril de 1989. Sentencia 362. Sala Civil. Ponente: Alfonso Barcala Trillo Figueroa. Fundamento de Derecho Cuarto: *Ahora bien, de acuerdo igualmente con la doctrina adelantada en las meritedas Sentencias de 20 de junio y 27 de julio de 1987, la proclamada derogación de aquel principio afecta y ha de afectar a las sucesiones en Títulos nobiliarios producidos a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución, sin que a dicha abrogación por inconstitucionalidad sobrevenida pueda atribuírsele efectos retroactivos. Y ello no sólo por no existir norma legal que tal retroacción autorice, sino también por exigirlo así el principio constitucional de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), ya que el reconocimiento de efectos retroactivos que la parte recurrente pretende supondría la alteración y conmoción de la inmensa mayoría o práctica totalidad de la situación actual de Títulos nobiliarios*”.

⁹²¹ Vid. CEREZO MIR, S., En “*Curso de Derecho Penal español*”. PG I. Introducción. Ob. Cit. Pág. 226 y ss.

⁹²² Vid. CUELLO CONTRERAS, J., Invoca la circunstancia 6ª del artículo 66 del Código Penal español. En “*Curso de Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tecnos. 2011. Pág. 184 y ss.

exigencias de la seguridad jurídica se respeten los cánones hermenéuticos derivados del mandato constitucional.⁹²³

10.2 MODIFICACIONES A FAVOR DEL REO

Existe en este supuesto, unanimidad doctrinal a la hora de reconocer efectos retroactivos a una modificación favorable respecto a las variaciones jurisprudenciales. La problemática surge en relación al agravio comparativo para el ya condenado por los mismos hechos, al amparo de la jurisprudencia precedente.

Parte de la doctrina, entre ellos VIDALES RODRÍGUEZ, se inclina por la aplicación retroactiva a favor del reo.⁹²⁴

Otro sector doctrinal, CEREZO MIR, rechaza esta postura por la diferente naturaleza, estructura y funciones de la ley penal y la jurisprudencia.⁹²⁵

MORA SÁNCHEZ, defiende la retroactividad de estos cambios a favor del reo, por la analogía con los de la ley penal más favorable.⁹²⁶

GARCÍA-PABLOS, rechaza las anteriores posturas, porque a diferencia de lo que sucede con la prohibición de retroactividad de las leyes perjudiciales al reo, la Constitución no consagra un precepto que imponga la necesaria aplicación retroactiva de las que le benefician, que sólo queda contemplado, en exclusiva a las Leyes en el Código Penal.⁹²⁷

⁹²³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., No descarta la aplicación del error de prohibición en supuestos de giro sustancial de la jurisprudencia en orden a la interpretación de elementos normativos del tipo o tipos penales abiertos, con una atenuación de la responsabilidad criminal por la vía del 66.6 CP, por revestir menor transcendencia los hechos en el momento de su comisión que en el enjuiciamiento. En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”* Vol. II. Ob. Cit. Pág. 882.

⁹²⁴ Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C., En *“La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales”*. Ob. Cit. Pág. 162.; SUÁREZ COLLÍA, JM., Aboga por interponer Recurso de Amparo, ante el Tribunal Constitucional en casos de despenalización total y en los que se atenúe la gravedad de la pena por vulneración del derecho a la igualdad y a la libertad (art. 14 y 17 CE). En *“La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas”*. Ob. Cit. Pág. 60.

⁹²⁵ Cfr. CEREZO MIR, J., La jurisprudencia no figura en el elenco de las fuentes del ordenamiento jurídico español contenido en el artículo 1 del Código Civil. Aunque el artículo 6 del mismo cuerpo legal declara que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. No está nunca vinculado necesariamente, ni los demás tribunales, a los criterios mantenidos en sentencias anteriores. En *“Curso de Derecho Penal”* Parte General I Introducción. Ob. Cit. Pág. 19 y ss.

⁹²⁶ Vid. MORA SÁNCHEZ JM. En *“Límites al Poder punitivo del Estado (I)”*. Derecho Penal. Parte General. Director José M. Zugaldía Espinar. Ob. Cit. Pág. 282.

⁹²⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Vol. II Ob. Cit. Pág. 882.

No obstante, a mi modo de ver, resulta contrario al principio de igualdad, que una posición jurisprudencial posterior en el tiempo pueda absolver a un reo respecto a otro que cometió los hechos el mismo día, pero es juzgado unos meses antes, por mayor celeridad procesal. Sin duda esta diferente situación estaría sujeta a la reclamación del amparo.

10.3 OPINIÓN JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Constitucional a través de sus pronunciamientos hace un recorrido por las diferentes interpretaciones del principio de legalidad. Parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, el carácter abstracto de las normas y su inserción en un sistema normativo complejo. Rechaza la analogía como fuente creadora de delitos, establece pautas para determinar la analogía *in malam partem*, determina que no tiene competencia para interpretar y aplicar la legislación vigente, matiza la relación entre el mandato de predeterminación normativa de los ilícitos penales y la tipicidad, recuerda que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan infracción penal y reclama la importancia del respeto al tenor literal de la norma.⁹²⁸

⁹²⁸ Vid. STC 34/1996 de 11 de marzo. Sala Penal. Ponente Rafael Mendizábal de Allende Fundamento de Derecho Quinto “*No se ha producido una extensión analógica del tipo delictivo en demérito del principio de legalidad penal, sino que tanto el Juez como la Sala han atendido a su texto, respetando así la voluntad del legislador. ...es una correcta aplicación de la Ley penal, subsumiendo en ella los hechos enjuiciados en el ejercicio de la potestad que, de forma exclusiva y excluyente, les atribuye la Constitución como antes se dijo, sin que sea función nuestra enjuiciar la corrección jurídica de las interpretaciones que en el plano de la legalidad, sin repercusión constitucional alguna, realicen los Jueces y Tribunales*”. STC 137/1997 de 21 de julio. Sala Penal. Ponente Carles Viver Pi-Suyet. Fundamento de Derecho Séptimo; STC 232/1997 de 16 de diciembre. Sala Civil. Ponente Vicente Giménez Sendra. Fundamento de Derecho Segundo; STC189/1998 de 28 de septiembre. Sala Penal. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento de Derecho Séptimo “*el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador*”; STC 42/1999 de 22 de marzo. Sala Penal. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento de Derecho Cuarto; STC 278/2000 de 27 de noviembre. Sala Penal. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento de Derecho Undécimo; STC 123/2001 de 3 de julio. Sala Penal. Ponente Julio Diego González Campos. Fundamento de Derecho Undécimo “*Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas*”, STC 228/2002, de 9 de diciembre. Sala Penal. Ponente Eugeni Gay Montalvo. Fundamento de Derecho Tercero “*Los reiterados pronunciamientos realizados por este Tribunal sobre el principio de legalidad penal han partido del reconocimiento de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las*

La línea seguida por el Tribunal Supremo, viene marcada por la llamada “Doctrina Parot” que ha supuesto un hito en la historia jurisprudencial de este país, al dar un importante giro en la interpretación jurisprudencial que hasta la STS 197/2006 de 28 de febrero, venía manteniendo en relación a los artículos 70 y 100 CP de 1973 y que mereció, en su momento, desde el punto de vista de la legalidad constitucional el refrendo del máximo intérprete de tal norma.⁹²⁹

Se pronuncia, este Tribunal en favor de aplicar retroactivamente la jurisprudencia favorable al acusado.⁹³⁰ Las interpretaciones en perjuicio del reo, deben

normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea”; STC 120/2005 de 10 de mayo. Sala Penal. Ponente Pascual Sala Sánchez. Fundamento de Derecho Sexto; STC 151/2005 de 6 de junio. Sala Penal. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento de Derecho Noveno “lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo” STC 283/2006 de 9 de octubre. Sala Civil. Ponente Javier Delgado Barrio. Fundamento de Derecho Quinto; STC 258/2007 de 18 de diciembre. Pleno. Ponente Pablo Pérez Tremps. Fundamento de Derecho Décimo. STC 91/2009 de 20 de abril. Sala Penal. Ponente Ramón Rodríguez Arribas. Fundamento de Derecho Sexto “el derecho a la legalidad penal, desde la vertiente que el demandante invoca, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí” STC 57/2010 de 4 de octubre. Sala Penal. Ponente Guillermo Jiménez Sánchez. Fundamento de Derecho Tercero.

⁹²⁹ La Doctrina Parot ha sido objeto de estudio en el Capítulo III. Posteriores sentencias del Tribunal Supremo han seguido la línea iniciada con esta sentencia. STS de 3 de enero de 2013. Resolución 1079/2013. Sala Penal. Ponente Antonio del Moral. Fundamento de Derecho Cuarto. 5 “Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas, aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha posibilidad desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, viene a coincidir con el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero que el Tribunal Supremo ha considerado era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 y el art. 988 LECrim.”.

⁹³⁰ Vid. STS de 8 de junio de 1999. Sala Penal. Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater. Fundamento de Derecho Tercero “En la doctrina mayoritaria se sostiene que la prohibición de aplicación retroactiva rige para la ley, pero no para la jurisprudencia, de tal manera que una jurisprudencia que interpreta la misma ley de una manera más rigurosa puede ser aplicada a hechos cometidos antes de la fecha en la que se adoptó el nuevo criterio interpretativo. Frente a este punto de vista se ha desarrollado, sin embargo, una fuerte tendencia que sostiene lo contrario.... cuando se trata de una jurisprudencia que lo beneficia nada se opone a su aplicación retroactiva: más aún, si la posición más restrictiva sostiene que no existe una prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia menos beneficiosa para el acusado, resulta evidente que dicha prohibición no puede operar respecto de la jurisprudencia más benigna. En relación a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia más favorable, esta Sala ha evolucionado a partir del cambio interpretativo establecido en la STS N° 1088/1997 de 1-12-97, referente a las relaciones entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando. Por lo menos a partir de esta fecha se ha venido aplicando el criterio jurisprudencial más favorable al acusado, inclusive de oficio, en el marco del recurso de casación. El fundamento de estas decisiones es la analogía que existe entre la definición del alcance de las normas mediante su interpretación y el establecimiento mismo de la norma por parte del legislador”.

ser aplicadas cuando la norma estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos.⁹³¹

11. DERECHO COMPARADO

11.1 DERECHO FRANCÉS

El Código Penal francés 1992-1994 recoge en el Capítulo II “*De la aplicación de la ley penal en el tiempo*” Dispone el artículo 112-1 “*Solamente son punibles los hechos constitutivos de infracción en la fecha en que fueron cometidos. Solamente pueden ser impuestas las penas legalmente aplicables en la misma fecha. Sin embargo,*

⁹³¹ Vid. STS de 9 de junio de 2011. Resolución 611/2011. Sala Penal. Ponente Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. Fundamento de Derecho Segundo “*Sobre la aplicabilidad de las nuevas líneas jurisprudenciales a los hechos ocurridos con anterioridad a la modificación interpretativa de los tribunales, esta Sala tiene establecida una consolidada jurisprudencia en la que distingue claramente entre la interpretación retroactiva de la ley desfavorable al reo y la jurisprudencia que presenta las mismas consecuencias desfavorables, no extendiendo a esta la prohibición de aplicación a hechos anteriores que sí rige con respecto a la ley penal..... No puede hablarse de retroactividad pues esa nueva configuración del subtipo agravado está ya en la ley que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y el Tribunal Supremo se limita a interpretarla. Si se aplicase esa supuesta irretroactividad jamás se podría adoptar ese tipo de acuerdos que necesariamente versan sobre asuntos concretos sometidos a la consideración de la Sala que por definición contemplan hechos anteriores que son los que con motivo de su enjuiciamiento determinan el acuerdo no jurisdiccional que luego tendrá su proyección en la decisión jurisdiccional que enjuicia hechos acaecidos antes del Acuerdo, pero no antes de la reforma legal..... De otra parte, el Tribunal Constitucional, con ocasión de resolver un recurso de amparo en el que se suscita el cambio de criterio jurisprudencial sobre la sustancia MDMA ("éxtasis") considerándola en la nueva interpretación como causante de grave daño a la salud, establece en su sentencia 195/2000, de 24 de julio, que "aunque tenga razón el recurrente cuando afirma que en el momento de la realización de los hechos todavía el Tribunal Supremo no se había decantado a favor de la inclusión del "éxtasis" en el catálogo de drogas gravemente perjudiciales para la salud, como bien dice el Fiscal en sus alegaciones, ninguna sustancia ya estupefaciente o psicotrópica podría subsumirse entonces en la descripción del tipo "gravemente perjudicial para la salud" hasta que necesariamente existiera un primer pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

Y en cuanto a las objeciones que se apuntan desde la perspectiva del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional tiene declarado que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen tal derecho del art. 14 (SSTC 42/1993 y 71/1998) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene afirmado de forma reiterada que son factibles los cambios de criterio jurisprudencial siempre que sean razonados y razonables, para lo cual las normas penales deben ser interpretadas sin rebasar el sentido literal o gramatical posible y siguiendo las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, sin incurrir en interpretaciones extravagantes e imprevisibles para los destinatarios de la norma (SSTC137/1997, 278/2000, 123/2001, 228/2002, 120/2005, 151/2005, 283/2006, 258/2007, 91/2009 y 57/2010, entre otras). Ello significa que al ciudadano puede aplicársele un criterio jurisprudencial distinto al que se solía utilizar en la fecha en que ejecutó el hecho delictivo, siempre que se trate de una interpretación que no sea imprevisible o extravagante para la intelección del justiciable." En este sentido (SSTS 1179/2001, de 20 de julio 197/2006, de 28-2; 898/2008, de 11-12; y 1076/2009, de 29-10).

las disposiciones posteriores se aplican a las infracciones cometidas antes de su fecha de entrada en vigor y siempre que no hayan dado lugar a una condena con fuerza de cosa juzgada, en el caso de que sean menos severas que las disposiciones anteriores. El artículo 112-2 manifiesta “Son aplicables inmediatamente a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor: 1º Las leyes de competencia y de organización judicial, en tanto que no haya habido sentencia en primera instancia que haya conocido sobre el fondo del asunto; 2 Las leyes que establecen las modalidades de ejercicio de las acciones penales y las formas de procedimiento; 3º Las leyes relativas al régimen de ejecución y de aplicación de las penas; sin embargo, estas leyes, en la medida en que endurezcan las penas pronunciadas por la sentencia condenatoria, sólo son aplicables a las condenas impuestas por los hechos cometidos posteriormente a su entrada en vigor; 4º Mientras las prescripciones no hayan sido aún adquiridas, las leyes relativas a la prescripción de la acción pública y a la prescripción de las penas, salvo que tengan por resultado agravar la situación del interesado. El artículo 112-3 dispone “Las leyes relativas a la naturaleza y a la apertura de vías de recurso, así como a los plazos en que éstos deben ser ejercidos y a las personas que pueden interponerlos son aplicables a los recursos preparados contra las sentencias pronunciadas después de su entrada en vigor. Los recursos están sometidos a las reglas de forma en vigor en el momento en que se ejercen”. Señala el artículo 112-4 “La aplicación inmediata de la ley posterior no afecta a la validez de los actos cumplidos de acuerdo con la ley anterior. No obstante, la pena dejará de ejecutarse cuando hubiese sido impuestas por un hecho que, en virtud de una ley posterior al juicio no tiene ya carácter de infracción penal”.

11.1.1 POSICIÓN DOCTRINAL

Leyes de competencia y organización judicial tienen efecto inmediato. El agravamiento de las penas ha sido incluido dentro de la protección del principio de irretroactividad y con ello se zanja la polémica sobre la aplicación inmediata de este tipo de leyes.

Incluye la prohibición de retroactividad de las modificaciones en materia de *prescripción*, sobre lo que ya se pronunciaba, la doctrina por su asimilación a leyes de fondo, como elemento de represión. La *prescripción adquirida* es inamovible y existe

un régimen de irretroactividad para las modificaciones desfavorables de la prescripción. En cuanto a la Ley aplicable durante la ejecución de un delito, que se prolonga en el tiempo, cuando la ley penal es sometida a reforma, la doctrina distingue: infracciones instantáneas (ejecución instantánea) y continuas (mantiene el sujeto, de manera voluntaria, la antijuridicidad). A las infracciones continuas sucesivas, según opinión doctrinal mayoritaria, se aplica la ley posterior, aunque sea más grave que la anterior.

Las *medidas de seguridad*, no se encuentra dentro del ámbito del art. 112. Parte de la doctrina señala que se encuentran excluidas del ámbito de los principios de retroactividad e irretroactividad, por el fundamento teórico de éstas, cuya finalidad es la protección de las personas que se someten a ellas. Para otra parte de la doctrina, así como para el Consejo Constitucional, si tienen fundamento aflictivo porque coartan la libertad individual y las entienden incluidas en el alcance de los principios de retroactividad e irretroactividad.⁹³²

El problema de *las leyes en blanco*, es planteado respecto de las leyes económicas o fiscales. La normativa penal se encuentra formulada en leyes ordinarias, existiendo un choque entre ley penal en blanco y normativa de complemento de rango inferior en los reglamentos.

Las *leyes temporales y de excepción* son excluidas del ámbito de la retroactividad, por perder sus efectos de prevención general.

Las *leyes interpretativas*, sirven al legislador, para interpretar disposiciones poco claras, sin modificar su contenido. Pueden aplicarse con efecto retroactivo porque no modifican la esencia del tipo. Las leyes sobre la prueba forman parte de las llamadas “*leyes de forma*” que se aplican nada más entrar en vigor.

11.1.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El principio de retroactividad de leyes se aplicaba por la determinación de leyes penales más favorables. Las *leyes de fondo* se aplicaban de manera inmediata si eran más favorables, incluso las *leyes intermedias*, desde su entrada en vigor. En cuanto se consideraba que no podían ser favorables o desfavorables no se tenía en cuenta la

⁹³² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 55 y ss.

posible retroactividad, desde el momento en que se habían producido los hechos, con la única limitación jurisprudencial de la cosa juzgada.

El CP en su art. 112.2 y 4 permite la derogación de efectos de cosa juzgada para la despenalización de los hechos objeto de condena. Prohíbe la retroactividad de disposiciones consideradas de forma con anterioridad.⁹³³

Los Tribunales se niegan a aplicar retroactivamente leyes favorables cuando son *normas de complemento*, que pertenecen al ámbito económico o fiscal, por entender que dada la rapidez con que se modifica esta legislación en blanco, su finalidad represiva quedaría frustrada si se aplicase retroactivamente. En el caso de despenalización de la conducta por la *ley penal en blanco* posterior más favorable, la pena deja de ejecutarse. Si la *norma de complemento* posterior más favorable, tuviese una calificación más leve, se invoca la retroactividad siempre que no hay sentencia firme.

11.2 DERECHO ALEMÁN

A diferencia de otros ordenamientos, en Derecho alemán el principio de irretroactividad se considera parte integrante del principio de legalidad, existiendo posiciones contradictorias en torno al su fundamento.

El tenor literal del artículo 2 del StGB fruto de la Ley de introducción del Código penal de 2 de marzo de 1974 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch) dispone “Validez en el tiempo 1. La penas y sus consecuencias accesorias se determinan según la ley vigente en el momento del hecho. 2. Si cambia la conminación penal durante la comisión del hecho, se aplica la ley que estaba en vigor en el momento de la terminación del hecho. 3. Si la ley vigente en el momento de la terminación del hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más favorable. 4. Una ley que solo debe estar vigente por un tiempo determinado se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia aun cuando ya no esté en vigor. Esto no será de aplicación en el caso de que una ley determine otra cosa. 5. Para la confiscación, el comiso y la inutilización rigen, en los casos respectivos, los párrafos del 1 a 4. 6. Las medidas de seguridad se

⁹³³ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado” Ob. Cit. Pág. 50 y ss.

aplican cuando la ley no establezca otra cosa, de acuerdo con la ley vigente en el momento de la sentencia.”⁹³⁴

11.2.1 POSICIÓN DOCTRINAL

En materia de Derecho procesal penal existe unanimidad en la doctrina en que el principio de irretroactividad no es aplicable a leyes puramente procedimentales, que tratan el transcurso formal del proceso, ni a la organización de los Tribunales.⁹³⁵

En opinión de JESCHECK tampoco se aplica a los requisitos procesales, de manera que la supresión de la exigencia de querella convierte retroactivamente el hecho en delito perseguible de oficio.⁹³⁶ Sin embargo en el resto de normas procesales, los partidarios de la protección de la confianza como fundamento del principio de irretroactividad rechazan la protección de leyes procesales porque no es materia en que los ciudadanos puedan situar su confianza. Mientras los partidarios del *ius puniendi* defienden la protección de éstas porque suponen una injerencia en la esfera de libertad individual por el poder punitivo.⁹³⁷

Se defiende el carácter procesal de la prescripción, en la doctrina alemana, lo que indiscutiblemente resulta importante para la discusión sobre la posibilidad de la ampliación de los plazos de prescripción y la sentencia del BVerfG en la que declara éstos conformes a la Constitución.

Permite, este Ordenamiento, la retroactividad para las medidas de seguridad y corrección. Aplica la ley del momento en que se aplica la decisión o enjuiciamiento.⁹³⁸

⁹³⁴ El artículo 1 del StGB introduce el principio de legalidad: “*Un hecho sólo puede castigarse, cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido*”.

⁹³⁵ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 104.

⁹³⁶ Vid. JESCHECK, HH., En los delitos perseguibles a instancia de parte, el legislador toma en cuenta la necesidad del castigo desde la perspectiva de la víctima. Si se admite la prórroga retroactiva del término de prescripción o la declaración de imprescriptibilidad se estarían lesionando derechos del reo. En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. Pág. 125.

⁹³⁷ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 103 y ss.

⁹³⁸ Cfr. MEZGER, E., En “*Derecho Penal*”. Libro de Estudio Tomo I. Parte General. Traducción de la 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi. Ob. Cit. Pág. 72; FRIGOLS I BRINES, E., Sin embargo parte de la doctrina defiende que se hallan protegidas por el principio de irretroactividad, por su naturaleza equivalente a las penas. En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 101 y ss.; Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Las medidas de seguridad, tienen una regulación legal incoherente, ya que por una parte se permite su retroactividad de acuerdo con el art. 2.VI del StGB, mientras la Ley de Introducción del Código Penal

La prohibición de retroactividad de la jurisprudencia es una cuestión no exenta de discusión en la doctrina y apunta a problemas de déficit de taxatividad y falta de modificación de preceptos, pese a la evolución dogmática. Se aplica el principio de irretroactividad.

La aplicación de la Ley vigente en el momento de la terminación del delito, en casos de modificación de norma, durante la comisión de los hechos, debe ser interpretada conforme al mandato constitucional de irretroactividad, de forma que no podrá condenarse por una conducta creada durante la comisión del delito. Si se permite, por el contrario, agravamientos vigentes en el momento de la terminación del delito.⁹³⁹

El límite de la cosa juzgada se aplica para toda clase de leyes favorables, incluso las despenalizadoras. La doctrina opina que la comparación entre norma debe realizarse, exclusivamente, de la pena principal.

La doctrina mayoritaria manifiesta, que no es suficiente para aplicar la Ley de la terminación del hecho, cualquier cambio normativo (art. 2.2 StBG), en el supuesto de *leyes de complemento*.⁹⁴⁰

Una Ley que ha sido dictada solo para un tiempo determinado debe ser aplicada a los hechos punibles cometidos durante su validez, aún en el caso de pérdida de vigencia. También aquella que por su contenido quiere reglamentar solo con carácter transitorio circunstancias del momento.⁹⁴¹

También procede la Ley más favorable en vigor entre la comisión y el enjuiciamiento (*ley intermedia*). La pérdida de ganancias, el comiso y la inutilización de cosas se incluyen en la prohibición de retroactividad por su carácter penal.⁹⁴²

establece que determinadas medidas de seguridad no pueden aplicarse retroactivamente, ni tampoco a los habitantes de la RDA durante el período transitorio de la legislación penal. En “*El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 99 y ss.

⁹³⁹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., Esta solución se estima incorrecta, porque, al aplicar consecuencias jurídicas que no estaba vigentes antes de la comisión del hecho se viola claramente el principio de irretroactividad. En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*” Ob. Cit. Pág. 168.

⁹⁴⁰ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 149 y ss.

⁹⁴¹ Vid. MEZGER, E., En “*Derecho Penal*”. Libro de Estudio Tomo I. Parte General. Traducción de la 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi. Ob. Cit. Pág. 72 y ss.

⁹⁴² Vid. JESCHECK, HH., En “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por José Luis Manzanares Samaniego. Ob. Cit. PG. Pág. 126.

11.2.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El BVerfG, o Tribunal Constitucional alemán, ha delimitado el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad, mediante sus resoluciones. El derecho penal material se encuentra dentro del ámbito de este principio, entendiéndose por tal las conductas prohibidas y las penas que castigan esas conductas. También el derecho administrativo sancionador y las medidas del Derecho disciplinar y profesional.

No están dentro del ámbito del principio de irretroactividad, el Derecho procesal penal, las modificaciones jurisprudenciales, aunque fuesen desfavorables, ejecución y suspensión de la pena en la pena privativa de libertad a perpetuidad y prolongación de plazos de prescripción cuando no han transcurrido todavía.⁹⁴³

La aplicación de Ley más favorable se debe producir en casos de modificación de la norma penal vigente, entre el momento de la terminación del hecho y antes del momento de la sentencia, siempre que no sea *ley temporal*, la derogada.

Los Tribunales han excluido tradicionalmente, las *normas de complemento* o *leyes penales en blanco* de la aplicación de ley más favorable. El BGH o Tribunal Supremo alemán ha reconocido que la *norma de complemento* integra el tipo de ley penal en blanco.

El Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado en Sentencia de 10 de febrero de 2004 respecto de la medida de custodia de seguridad, manifestando que dicha indeterminación no lesionaba la dignidad humana siempre y cuando se posibilite una vida responsable en libertad y, además, entiende que no resultará desproporcionada porque una vez transcurridos diez años, las exigencias para prolongar la medida se endurecen, ratificándose en Sentencia de 23 de agosto de 2006. No obstante, recientemente, en la Sentencia de 4 de mayo de 2011, la posición del Tribunal Constitucional alemán ha cambiado para adaptarse a los planteamientos de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 2009 (caso «M. contra Alemania»), en la que se considera que lesiona el principio de legalidad, la ampliación, con efecto retroactivo, del plazo máximo de duración de la medida denominada “*custodia de seguridad*.”⁹⁴⁴

⁹⁴³ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág.117 y ss.

⁹⁴⁴ Vid. TAPIA BALLESTEROS, P., En “*Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas*”. En Revista Jurídica de Castilla-León. Nº 32 enero 2014. Pág. 14.

Las modificaciones de la jurisprudencia han sido rechazadas por el BVerfG, aunque fuesen favorables.⁹⁴⁵

11.3 DERECHO ITALIANO

La sucesión de leyes se reconoce en el artículo 2 del Código Penal italiano que dispone “*Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que fue cometido, no constituya delito. Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley posterior, no constituya delito; y si ha existido condena, cesan la ejecución y los efectos penales. Si la ley del tiempo en que fue cometido el delito y las posteriores son distintas, se aplica aquella cuyas disposiciones sean más favorables al reo, salvo que se haya pronunciado sentencia firme. Si se trata de leyes excepcionales o temporales, no se aplican las disposiciones de los párrafos anteriores. Las disposiciones de este artículo se aplican también en los casos de caducidad y falta de ratificación de un decreto-ley y en el caso de un decreto-ley convertido en ley con enmiendas*”.

11.3.1 POSICIÓN DOCTRINAL

No consta la determinación del momento de comisión del delito y la doctrina se muestra partidaria del momento de realización de la conducta como punto de conexión para la aplicación de la norma penal. Respecto a la modificación de Ley durante la comisión del delito, es partidaria, la doctrina, de aplicar la última ley vigente durante la comisión con el criterio de la más favorable entre las dos.⁹⁴⁶

⁹⁴⁵ Así en la Sentencia 95,96 Mauerschützen, el BVerfGE se niega a declarar la vulneración del principio de irretroactividad en la aplicación que realiza el Tribunal Supremo alemán (BGH) de una causa de justificación, en una condena a soldados y oficiales de la antigua RDA por homicidio, al disparar contra civiles desarmados que pretendían huir a través del muro de Berlín y colocar minas y aparatos de disparo automático en la zona del muro. El artículo 27 de la Ley de Fronteras de la RDA autorizaba el uso de armas de fuego por los militares para evitar la comisión de un delito y atravesar la frontera ilegalmente se consideraba delito según el StGB-DRR. Sin embargo el BVerfGB explica que no puede admitirse la aplicación de una causa de justificación porque el artículo 27 de la Ley de Fronteras según los derechos humanos no puede considerarse justificada esa actuación. Cfr. FRIGOL I BRINES, E., “El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”. Ob. Cit. Pág. 117 y ss.

⁹⁴⁶ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado”. Ob. Cit. Pág. 209 y ss.

Respecto a la *abolitio criminis* -despenalización o conversión en ilícito administrativo- y aplicación de consecuencias jurídicas más leves, es posible la aplicación retroactiva aunque la sentencia sea firme, pero no puede aplicarse a partir de este momento. Si la modificación solo varía el contenido de un acto administrativo no se produce sucesión de normas que permita la conversión. La aplicación retroactiva por despenalización mediante la modificación de *normas penales en blanco* “*norme extrapenale integratrice*” se admite pero no la de los *elementos normativos del tipo*. Implica la *abolitio criminis* una declaración judicial de que el hecho no constituye delito y la cancelación de todas las consecuencias jurídico-penales.⁹⁴⁷

Las *leyes procesales penales*, por la razón de interrelación entre el Derecho penal sustantivo y su ejecución en el proceso, ha sido pieza fundamental, para tratar de explicar por la doctrina el alcance del principio de irretroactividad.⁹⁴⁸ Algunos autores apoyados en los trabajos preparatorios de la Constitución donde se establecía la garantía del proceso penal, defienden la irretroactividad de éstas leyes. Otros distinguen entre acto y ley y defienden la diferencia entre reglas que se aplican a la normativa sustantiva penal, regidas por la norma de garantía constitucional del art. 25.II y leyes procesales, que se rigen por el principio *tempus regit actum*. Los hechos son punto de conexión para la aplicación de la Ley penal y los actos mediante los que se lleva a cabo el proceso, se dictan conformes con una Ley. La regla “*tempus regit actum*” se impone y cada acto del proceso se debe ejecutar de acuerdo a la Ley vigente en el momento de dictarse.

Las normas penitenciarias son consideradas en Italia y Francia como institución de derecho procesal y por tanto se rigen por el principio *tempus regit actum*.⁹⁴⁹

En cuanto a las *medidas de seguridad*, su regulación en la Constitución italiana, artículo. 25.3 ofrece un principio de legalidad limitado para éstas, que plantea la posible vulneración del principio de legalidad de penas mediante la retroactividad de medidas de seguridad.⁹⁵⁰ Incluso cuando sean más gravosas, no es posible negar la retroactividad

⁹⁴⁷ Vid FRIGOLS I BRINES, E., En “El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado”. Ob. Cit. Pág. 215 y ss.

⁹⁴⁸ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 189 y ss.

⁹⁴⁹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 192.

⁹⁵⁰ Señala el art. 25.3 C. “*Nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*”. Vid. COBO DEL ROSAL M/BOIX REIG X. “*Garantías Constitucionales del Derecho sancionador*”. Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal Tomo I. Derecho Penal y Constitucional. Editorial Edersa. Madrid 1982.Pág. 208.

de las medidas de seguridad, aunque el presupuesto de hecho para su aplicación se halla sometido al principio de irretroactividad.⁹⁵¹

La excepción a la aplicación de ley más favorable se encuentra en el supuesto de *leyes excepcionales y temporales*, justificado en la prevención general como finalidad de la pena.

También encuentran excepción a este principio, las leyes tributarias conforme al art. 20 Ley 4/1929 de 7 de enero, que impide la aplicación retroactiva de modificaciones favorables.⁹⁵²

La aplicación retroactiva más favorable de *leyes intermedias* está admitida por la doctrina.

Un problema a tener en cuenta es si la declaración de inconstitucionalidad de leyes favorables, por la Corte Constitucional tiene efecto *ex tunc* o *ex nunc*. La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor del efecto *ex tunc* y la imposibilidad de aplicación de la ley más favorable.⁹⁵³

11.3.2 POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El principio de irretroactividad ha sido definido por la Corte Constitucional italiana, exclusivamente para leyes penales sustantivas. Ha negado la irretroactividad a *leyes penitenciarias, infracciones y sanciones administrativas, medidas de seguridad y leyes procesales*. Mantiene la ultraactividad de leyes penales en materia tributaria y declara la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 2 del Código Penal -*la retroactividad favorable de los decretos-leyes que impliquen sucesión de leyes, incluso en aquellos casos en que caduquen, no sean ratificados o se ratifiquen con enmiendas*- por contradicción con el art. 77.III de la Constitución italiana que establece ineficacia *ex tunc* de los decretos-leyes no convertidos en ley.⁹⁵⁴

⁹⁵¹ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 194.

⁹⁵² Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*”. Ob. Cit. Pág. 224 y ss.

⁹⁵³ Cfr. FRIGOLS I BRINES, E., En “*El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*” Ob. Cit. Pág. 228 y ss.

⁹⁵⁴ La Constitución italiana de 1947 cit. artículo. 77.III “*No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes.*”

Para la aplicación de leyes más favorables se compara el marco penal en concreto de las penas, sin establecer límites respecto de las circunstancias que pueden tenerse en cuenta a la hora de estimar que una Ley es más favorable, siendo pronunciamientos jurisprudenciales los que existen al respecto, con el límite de *lex tertia*.⁹⁵⁵

La Corte Constitucional italiana se ha pronunciado, al respecto de la no aplicación retroactiva favorable a leyes fiscales, justificando la misma y manifestando la no violación del principio de igualdad, por el interés de la Hacienda pública estatal. Su ámbito de aplicación se reduce a leyes penales que integran infracciones de leyes tributarias, y las que recogen referencias normativas o leyes penales en blanco que tengan como norma de complemento una ley tributaria estatal.⁹⁵⁶

En supuestos de aplicación de inconstitucionalidad, aunque la Corte Constitucional mantiene el efecto *ex tunc*, respeta el efecto de cosa juzgada.

12. RECAPITULACIÓN. TOMA DE POSTURA

Las *leyes de complemento* forman parte de la norma penal y en este sentido cualquier modificación que puedan sufrir, en beneficio del reo, ha de ser aplicada a la ley de la que pasan a formar parte. Los *conceptos jurídicos indeterminados* deben ser desarrollados por el intérprete de la norma, estableciendo pautas para su interpretación y cualquier modificación favorable se aplica con carácter retroactivo.

Tanto *leyes temporales* como de excepción, son promulgadas en situaciones de especial trascendencia, en las que deben cumplirse la normativa específica, que sólo tiene sentido durante el mantenimiento de la situación transitoria. No puede ser aplicada la Ley posterior más beneficiosa, finalizada la situación para la que fue expresamente promulgada, porque quedaría frustrado el sentido para el que fue puesta en vigor.

El equilibrio en la tutela de bienes jurídicos a proteger penalmente, debe evitar que el Derecho penal pueda ser utilizado como instrumento para imponer criterios no

Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos"

⁹⁵⁵ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En "El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado" Ob. Cit. Pág. 222.

⁹⁵⁶ Vid. FRIGOLS I BRINES, E., En "El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado". Ob. Cit. Pág. 226 y ss.

acordes con la evolución social. El principio de intervención mínima muestra que no debe acudir al Derecho Penal, salvo cuando determinados bienes merecen ser protegidos y sus graves sanciones no pueden ser sustituidas por otros instrumentos no penales.

Si la política criminal para todos se encamina en este sentido, el hecho de que el artículo 2.2 del Código Penal, establezca la posibilidad de aplicar, siempre y en todo caso la ley más beneficiosa, debe ser acogida en su integridad y por ello, el principio de justicia material, debe ser el mástil, en el que apoyarnos para la defensa de la aplicación de la *ley intermedia* más beneficiosa.

Las *leyes que actualizan cuantías* pierden su esencia cuando se pretenden aplicar con carácter retroactivo, en cuanto dicha modificación es debida al interés del Legislador, por mantener el valor de los bienes, actualizados de manera equiparable a cómo evoluciona hoy la sociedad. Sin embargo cabría la posibilidad de aplicar retroactivamente este tipo de normas en cuanto tal modificación se realice con carácter benévolo en el supuesto de hecho de determinados delitos contra la propiedad, por entender que existe un desinterés por el Legislador en el castigo de conductas concretas.

Considero más adecuado con lo dispuesto en el art. 2.2 CP, que la nueva Ley cuando despenaliza un hecho que era constitutivo de delito en la derogada, se aplique a sentencias ya ejecutadas a los solos efectos de supresión de los antecedentes penales.

Las medidas basadas en la peligrosidad el sujeto, se aplican a un determinado grupo de responsables penales, con trastornos incorregibles, grupo para el que la categoría de medidas de seguridad me parece acertada. Sin embargo, entiendo que las medidas que se aplican a la mayor parte de delincuentes, tienen un fin educador, en definitiva pretenden un fin de reinserción social, que no difiere, en absoluto al de aquellos a quienes se les aplica una pena. El tratamiento en sede penal de las medidas es el mismo que el contemplado hacia las penas. ¿Qué sentido tienen estas medidas, si se imponen post-delictualmente, cuando existe peligrosidad en el autor de los hechos? ¿Debería existir una refundición de ambas consecuencias jurídicas y sentar las bases en atención a situaciones personales de los culpables? El objetivo de reinserción, estaría más cerca, en un alto porcentaje, si conocemos los motivos que llevan al culpable a la comisión de comportamientos antijurídicos. Es fundamental una eficiente política-criminal, para analizar circunstancias sociales, familiares y evitar, su reincidencia.

La *prescripción*, en todo caso, debe entenderse como un derecho obtenido, por el reo, proporcionado por el paso del tiempo. Las múltiples razones que se ofrecen para

justificar esta institución, se refunden en: *humanidad de las penas y limitación al ius puniendi del Estado*, ¿qué interés tiene el Estado en castigar un hecho ocurrido hace 20 años, cuya instrucción se encuentra paralizada? Resulta irónico, pretender, pasado el tiempo de alarma social, levantar el bastón de mando para castigar un hecho considerado delictivo, en un pasado no reciente. En política-criminal resulta difícil explicar la imposición de una pena, veinte años después de la comisión del hecho delictivo, desde la prevención especial. Sólo cabría explicarlo desde un punto de vista retributivo.

La política legislativa llevada a cabo en los últimos tiempos, tiene un carácter más retributivo que preventivo, dirigida a alargar estos plazos de prescripción y en general a imponer un castigo, sin que el mismo sea educativo. Prevenir es más que disuadir, más que obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso. Prevenir significa intervenir en la etiología del problema criminal, neutralizando sus causas y debe contemplarse como prevención “*social y comunitaria*”

El instituto de la reincidencia debe ser depurado y perfeccionado, pues se encuentra en clara contradicción con el principio *ne bis in ídem* y con la obligación de justicia material, al producirse una doble incriminación, que vulnera siempre el principio de proporcionalidad de las penas. Lo importante es la compensación del injusto y la culpabilidad de una persona. El hecho de cometer un delito que se encuentra en el mismo capítulo, en un tiempo posterior, no puede ser motivo de agravación de la condena posterior, al haber pagado íntegramente el reproche culpabilístico establecido en un cuerpo penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El problema de la retroactividad y de la irretroactividad, esto es, de la vigencia temporal de las leyes, no es privativo del Derecho Penal, si bien en el ámbito criminal alcanza una relevancia singular por estar afectados los principales bienes del patrimonio jurídico del ciudadano de rango constitucional.

SEGUNDA.- La prohibición de retroactividad de leyes penales que perjudican al reo, o el principio según el cual las leyes penales no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación, tiene una transcendental dimensión “*garantista*”. Responde a las exigencias derivadas del principio de legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*” y a requisitos esenciales del hecho punible (culpabilidad) que fundamentan la legitimidad del castigo. Por ello la Constitución de 1978 garantiza la irretroactividad de las leyes sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (arts 9.3 y 25.1 CE).

Este principio es fundamento del Derecho Penal, por ser garantía política en el Estado de Derecho, en cuanto se deriva del mismo, la necesidad de conocer lo que está prohibido penalmente y la pena que se va a aplicar (seguridad jurídica).

La irretroactividad se aviene, en principio, a la estructura y función de la ley misma, que mira al futuro y trata de determinar la voluntad de los ciudadanos.

TERCERA.- La polémica doctrinal sobre el fundamento de la prohibición de retroactividad encuentra su más amplio desarrollo en la teoría General del Derecho. No así en la doctrina penal, en la que suele apuntarse, exclusivamente a la estructura y vocación de futuro de la norma jurídica, al principio de legalidad, al de seguridad jurídica y a elementos esenciales del delito (tipicidad, culpabilidad, etc.) incompatibles con una aplicación retroactiva sorpresiva de las leyes.

La teoría de los derechos “*adquiridos*” (derecho versus expectativa de derecho); la llamada doctrina del “*hecho jurídico cumplido*”; la de la autonomía de la voluntad, son algunos de los expedientes teóricos invocados por la doctrina civilista.

CUARTA.- El principio de irretroactividad de leyes penales desfavorables al reo hunde sus raíces en los anhelos de seguridad jurídica del ciudadano, muy anterior a Beccaria y al pensamiento ilustrado y supone garantía de no retrotraer leyes promulgadas con posterioridad a la comisión de ilícitos penales.

El fundamento de este principio no es único, pero está presente en todos ellos, la idea de seguridad jurídica, como base del Derecho Penal evolucionado, que deriva del principio de legalidad.

En el momento de actuar, el ciudadano ha de conocer las consecuencias de su conducta prevista en una ley anterior. De otro modo se le sorprendería “*ex post*” lo que resulta intolerable, tanto desde un punto de vista ético, como jurídico, penal y político-criminal.

Se consagra formalmente en las Constituciones norteamericanas; en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; en la declaración universal de los derechos del hombre de 1948; en la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, suscrito y ratificado por España. El movimiento codificador asumió y plasmó este principio en los sucesivos textos punitivos, desde 1822 hasta nuestros días 1995.

QUINTA.- A pesar de que la irretroactividad de leyes que perjudican al reo es un axioma jurídico que goza de amplísimo consenso doctrinal, cabe señalar su excepcional vulneración en algunos supuestos concretos, alguno muy reciente: Ley de responsabilidades políticas de 1939, Ley de represión de la masonería y el comunismo de 1940, y Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio sobre medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, a tenor de cuya Disposición Transitoria única, la nueva norma se aplicará “*desde su entrada en vigor con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se está cumpliendo la pena*”. El auto de 6 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) mantuvo una elogiable interpretación restrictiva de dicha norma (Ponente Arturo Beltrán).

SEXTA.- El principio de legalidad del que parte inevitablemente la prohibición de retroactividad de normas, tiene su origen con el nacimiento del Estado liberal burgués y

supone el triunfo de la reivindicación legalista frente a la caída del absolutismo (abuso de poder, arbitrariedad, etc.,). Es consecuencia del respeto a la dignidad del hombre y deriva del Derecho Natural, pero ha sido constitucionalizado por la mayor parte de los países e instituciones comunitarias.

Significa la superioridad legal, sobre el resto de poderes y el sometimiento de éstos a la Ley. Su objetivo actual pasa por la recuperación y reinserción del delincuente, desterrando las penas en sentido retributivo, a través del Derecho como instrumento de mejora de la convivencia social, para alcanzar el ideal de *Justicia material*.

SÉPTIMA.- Excepción al principio de irretroactividad y manifestación del principio de legalidad, la retroactividad de leyes penales favorables al reo, ha sido una constante en la historia jurídica de las civilizaciones, aunque su constitucionalización no se ha logrado de manera satisfactoria, debiendo deducirla a través de un proceso de interpretación.

Se ha pretendido encontrar un fundamento a esta excepción, pero existen razonamientos jurídicos que justifican su aplicación en concordancia con el objetivo al que se dirige el principio de legalidad (recuperación del delincuente). Desde el Derecho Penal, resulta fundamental esta excepción, que se deduce de una interpretación “*a contrario sensu*” del texto constitucional y que ha de mantener coordinación entre las exigencias de defensa social y la consecuencia jurídica, entre la ley vigente y el momento de aplicación de la pena. Tienen fundamentalmente una razón humanitaria, pietista.

Por otra parte, una aplicación rigurosa, literal, del principio, “*tempus regit actum*” sería materialmente una injusta perversión y políticocriminalmente insatisfactoria, por desconocer la nueva realidad social y mirar solo al pasado (ultractividad no justificada). El término “*tempus*” hay que referirlo no al momento de comisión del delito (Ley entonces vigente) sino al del enjuiciamiento (ley posterior más favorable).

Lógicamente la retroactividad de leyes penales favorables al reo se ha consagrado en nuestros Códigos Penales, no en la ley Fundamental, (un hipotético recurso de amparo por su inobservancia carecería de apoyo constitucional, por más que algunos autores creen violaría el principio de necesidad de pena o de prohibición de exceso).

OCTAVA.- La determinación de la ley penal más favorable suscita problemas cuando las respectivas penas son heterogéneas.

Siendo voluntad de la ley que el reo se beneficie del cambio de criterio legislativo, parece razonable el trámite de audiencia previa al mismo consagrado en el artículo 2.2 del Código Penal y en Derecho Transitorio. (Trámite lógicamente preceptivo por el tribunal, pero no vinculante).

El Derecho Penal dispone la preceptiva aplicación de la ley posterior más favorable al reo, mandato cuya extensión en el Código Penal español carece de parangón en legislaciones de nuestro entorno, que respetan el principio de la “*cosa juzgada*”

NOVENA.- El efecto retroactivo de algunas leyes se justifica por la propia función de las mismas y no vulneran la prohibición de retroactividad. Es el caso, por ejemplo, de las normas interpretativas o aclaratorias de otras anteriores, disposiciones complementarias o ejecutivas de mero desarrollo de la ley principal anterior; leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, adjetivas, reguladoras del proceso; disposiciones prohibitivas, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes (STC 9/1981 de 31 de marzo)

DÉCIMA.- La seguridad jurídica es garantía para el ciudadano frente al poder del Estado, a través del principio de legalidad, cuando el ordenamiento concreta y describe taxativamente con certeza, ilícitos penales y establece las consecuencias jurídicas que conlleva la realización de conductas típicas.

Se reclama a efectos de seguridad jurídica, el Derecho Penal del hecho y se rechaza la analogía, las clausulas generales abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados, siendo fuente exclusiva de Derecho Penal, la Ley.

UNDÉCIMA.- El principio de proporcionalidad, de prohibición de exceso o necesidad de la pena exige que la configuración de la pena y la aplicación de consecuencias jurídicas estén en consonancia y sean acordes con los fines de la misma.

La intervención del Derecho Penal es inherente al principio de necesidad de la pena y sólo con carácter subsidiario, cuando otros medios menos gravosos, con que cuenta el

Derecho, no son suficientes para tutelar bienes jurídicos, reciben protección penal en equilibrio entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal.

DUODÉCIMA.- No toda aplicación de la ley penal desfavorable para el reo a relaciones o situaciones jurídicas -y sus efectos- nacidas al amparo de la ley anterior más beneficiosa, vulnera la prohibición constitucional de retroactividad.

La doctrina del Tribunal Constitucional distingue, a tal efecto, “*retroactividad*” prohibida y “*retrospección*” (permitida); distinción que evoca la que formulase Larenz entre retroactividad “*máxima*” (genuina retroactividad); “*media*” y “*mínima*” o el Tribunal Supremo en STS 26 de mayo de 1966, que distingue entre retroactividad “*fuerte*” (prohibida) y “*débil*”.

DECIMOTERCERA.- El Tribunal Constitucional ha acuñado el concepto de “*retrospección*” (permitida), por no conculcar la prohibición de retroactividad “*in peius*” para referirse a la retroactividad “*media*” y “*mínima*” en la formulación de Larenz. Según jurisprudencia reiterada del Alto Tribunal, una norma sólo es retroactiva (prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución) cuando incide en “*relaciones consagradas*” y afecta a “*situaciones agotadas*” esto es, a los efectos ya producidos de relaciones o situaciones jurídicas anteriores. De modo que “*la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*”, porque no vulnera la seguridad jurídica, –argumenta el Tribunal Constitucional–, la norma que modifique a partir de su entrada en vigor, los efectos derivados de una relación o situación jurídica nacida al amparo de la ley anterior.

La prohibición de retroactividad alcanza exclusivamente a los derechos “*consolidados*” y “*agotados*” (consolidados que llegaron a perfeccionarse) y no a meras expectativas subjetivas.

DECIMOCUARTA.- Retroactividad o irretroactividad se refieren siempre y sólo a la Ley, no a la jurisprudencia, cuya naturaleza y función siempre dinámica y casuística, escapa a la problemática de la irretroactividad.

El cambio de criterio de la doctrina jurisprudencial está autorizado y se justifica según Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional siempre que no sea arbitrario y esté motivado, sin que sea necesario que se advierta previamente; y no limita sus efectos para el futuro.

Se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad, su hermenéutica dirigida a la búsqueda de la uniformidad (STS. Sala Civil de 18 de julio de 2011. Resolución 545/2011, Fundamento Jurídico Quinto B; STS 11 de diciembre de 1997. Resolución 1117/1997, Fundamento de Derecho Primero, etc.,)

DECIMOQUINTA.- El cambio “*in peius*” de la doctrina jurisprudencial y su relevancia es discutido por la doctrina. Un sector entiende que la prohibición de retroactividad “*contra reo*”, debe hacerse extensiva a los cambios de criterio de la jurisprudencia por razones garantistas y analogía de los supuestos.

Otro sector niega la posibilidad de extrapolar a la jurisprudencia los criterios válidos, solo para vedar la retroactividad de leyes desfavorables al reo, discutiéndose, a su vez, si en tal caso cabría invocar el error de prohibición o no.

Un tercer sector propone una mera atenuación de la pena por la menor entidad del injusto, apelando como pauta penal para hacerlo la circunstancia 6ª del artículo 66 del Código Penal.

DECIMOSEXTA.- La hipótesis inversa (cambio pro-reo, favorable a éste) de la doctrina jurisprudencial ha dado lugar a varias soluciones posibles. Parte de la doctrina equipara “*ley*” (favorable) y doctrina jurisprudencial invocando por analogía el mandato del artículo 2.2 del Código Penal. Otro sector doctrinal niega la viabilidad de tal equiparación por las razones expuestas a propósito de la hipótesis contraria. Un tercer grupo de autores sugiere la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si bien, limitando tales efectos retroactivos favorables al reo, a los cambios radicales de la doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo, por su parte, en varias sentencias (6 de mayo de 1998, 3 de febrero del mismo año, 13 de febrero de 1999) ha puesto de manifiesto que dicho

cambio de criterio jurisprudencial equivale al “*hecho nuevo*” que contempla el artículo 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para autorizar la interposición del recurso de revisión, aunque posteriores Plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo han desautorizado explícitamente esta tesis (30 de abril de 1999, 12 de julio de 2000, etc.,).

DECIMOSÉPTIMA.- Un posible cambio de criterio jurisprudencial es más verosímil en el caso de los acuerdos adoptados en Asambleas o Plenos no jurisdiccionales que, en el de la doctrina jurisprudencial, consolidada, por la celeridad con que se pueden adoptar los acuerdos y el no siempre fácil acceso a los mismos.

Debe tenerse presente, aunque no se comparta tal opinión que, según el Pleno de 18 de julio de 2006, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, los acuerdos adoptados en tales Asambleas son vinculantes, para todos los Tribunales.

DECIMOCTAVA.- Se discute en la doctrina si el principio general de irretroactividad se aplica a todas las leyes que perjudican al reo o si dicha norma sufre alguna excepción por la naturaleza o finalidad de algunas disposiciones o leyes concretas. Los casos más controvertidos son leyes penales en blanco, leyes que establecen medidas de seguridad, leyes que regulan la responsabilidad civil “*ex delicto*”, leyes procesales y leyes que establecen los plazos de prescripción.

La retroactividad de leyes favorables al reo plantea, igualmente, un vivo debate en el particular de la llamada “*lex tertia*” (ley solo parcialmente más favorable), leyes intermedias, leyes temporales y leyes que actualizan las cuantías en la frontera entre “*delito*”, “*falta*” e “*infracción administrativa*”.

DECIMONOVENA.- Tema discutido doctrinalmente, es si el criterio general de la irretroactividad de leyes desfavorables y de la retroactividad de las que benefician al reo se aplica también, a normas de complemento de leyes penales en blanco. Y parece lógico porque aun siendo de naturaleza extra-penal, integran definitivamente el contenido de aquellas, sin que importe a juicio de la opinión dominante si el cambio

operado en las normas de complemento responde a un cambio de criterio del legislador o a razones fácticas.

No obstante, un sector minoritario de la doctrina penal alemana y de la española, propone una teoría diferenciadora con el objeto de limitar la aplicación de la retroactividad de la ley más favorable a los casos, en primer lugar citados (cambio de criterio del legislador)

VIGÉSIMA.- En cuanto a la denominada “*ley intermedia*” (aquella que entra en vigor después de la comisión del delito, pero que se deroga antes de la celebración del juicio) existen también opiniones discrepantes.

Se trata, desde luego, en su caso, de una ley de inequívoca naturaleza penal, y sin duda, más beneficiosa para el reo, por lo que parece razonable su aplicación retroactiva en cuanto ley más favorable para el mismo.

No obstante, según autorizada opinión, conceder efectos retroactivos a la ley intermedia más favorable es una “*fictio iuris*” ya que dicha ley responde a unas concepciones jurídicas inexistentes en el momento del hecho y que ya no se profesaban en el momento del juicio. “*Fictio iuris*” que sin embargo, cuestionan algunos autores por entender que dicha ley intermedia hubiera tenido que ser aplicada, en cuanto ley más favorable, si se hubiesen enjuiciado los hechos bajo el periodo de su vigencia.

Lo que no cabe duda es que no puede hacerse depender la aplicación retroactiva de la ley intermedia más favorable al reo, de la circunstancia imprevisible y aleatoria de la mayor o menor celeridad de los respectivos procedimiento judiciales.

VIGESIMOPRIMERA.- Tradicionalmente se ha discutido en la doctrina española si la ley posterior y más favorable a las leyes temporales, también ha de aplicarse retroactivamente, una vez transcurrido el período de vigencia expresamente mencionado en las mismas o superadas las circunstancias excepcionales que justificaban la imposición de unas penas más severas previstas en la ley temporal.

El artículo 2.2 del vigente Código Penal declara la ultraactividad de la ley temporal (“*los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga, expresamente, lo contrario*”) lo que

parece razonable por razones preventivo-generales, pues en otro caso siendo la ley posterior siempre más favorable que la temporal, esta última perdería su credibilidad y capacidad disuasoria, una vez superadas las circunstancias excepcionales o el periodo temporal de vigencia señalado en aquella.

Probablemente es más correcto afirmar que la ley posterior a la temporal tendría efecto retroactivo si se ha producido una genuina sucesión de leyes penales y el legislador ha cambiado sus valoraciones, siendo, no obstante, idénticas las situaciones históricas a las que se refieren una y otra ley. Si estas fuesen distintas, no cabría aplicar retroactivamente la ley posterior más favorable.

VIGESIMOSEGUNDA.- En cuanto a las leyes penales que modifican la cuantía divisoria entre “*delito*” y “*falta*” o entre el comportamiento típico y el atípico en ciertas infracciones, es opinión extendida la aplicación de una ley posterior que incrementa las respectivas cuantías, sólo cuando ésta responde a un cambio de valoraciones del legislador (modificación de cuantías), no cuando se trata de una nueva “*actualización*” de dichas cuantías, en atención al transcurso del tiempo, la depreciación de la moneda o la conveniencia de mantener constante el valor de ésta.

VIGESIMOTERCERA.- El artículo 2.1 del Código Penal establece la irretroactividad de las leyes penales que prevean la imposición de medidas de seguridad que seguirían el mismo régimen que las penas. Sin embargo esta declaración de nuevo cuño cierra en falso una vieja polémica entre la tesis de la equiparación citada y la diferenciadora, que distinguía una u otra opción, según la naturaleza de la medida de seguridad (no sería lo mismo una medida de carácter curativo pedagógico o educativa que una medida de naturaleza inequívocamente aflictiva, constriñéndose a estas últimas el mandato de la irretroactividad).

VIGESIMOCUARTA.- Las leyes penales que regulan la responsabilidad civil “*ex delicto*” es decir, la responsabilidad civil que deriva del daño que, en su caso, pueda haber ocasionado el delito, a juicio de la opinión mayoritaria, pertenecen por su naturaleza y estructura al Derecho Civil.

Al no ser normas penales, quedan al margen del mandato del artículo 2 del Código Penal; si bien como cualquier norma jurídica, están sometidas al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Según esto, cualquier modificación “*in peius*” de tales normas carecería de efectos. Y caso contrario una eventual reforma beneficiosa para el reo, tampoco tendría efecto retroactivo por carecer de naturaleza penal, estas normas. No se registrarían por el mandato de retroactividad de las leyes favorables previsto en el Código Penal (art. 2.2), sino por el principio general de la irretroactividad establecido en el Código Civil (art. 2.3).

VIGESIMOQUINTA.- Las leyes procesales, que tienen por objeto los actos del proceso y no los hechos delictivos enjuiciados en éste, al no ser leyes penales no se someten al régimen penal, previsto en el artículo 2, sino al civil general es decir, carecen de efectos retroactivos, salvo que se establezca lo contrario en dichas leyes.

La Constitución no distingue entre normas penales y normas procesales, cuando prohíbe la retroactividad de las disposiciones desfavorables para el reo y por tanto se acoge a lo dispuesto en el mandato del artículo 9.3 de la Ley Fundamental.

La doctrina procesalista entiende que lo decisivo es la realización de los actos procesales y no la ley procesal vigente en el momento de comisión del delito. La doctrina penal se halla dividida.

VIGESIMOSEXTA.- En cuanto a las leyes que regulan los plazos de la prisión provisional, interesa el supuesto -real- de que la ley posterior amplíe en perjuicio del reo la duración de los mismos (Ley Orgánica 10/1984 modificó “*in peius*” los plazos previstos en Ley Orgánica 7/1983). ¿Cabe entonces prorrogar la duración de la prisión provisional hasta el límite de la ley posterior más severa?

El Tribunal Constitucional optó por la aplicación de la ley anterior más beneficiosa, argumentando que la prohibición constitucional de retroactividad de la ley posterior desfavorable rige, también para las leyes procesales (STC 34/1987 de 12 de marzo)

VIGESIMOSÉPTIMA. - El régimen legal de la prescripción depende de la naturaleza “procesal” o “material” que se atribuya a ésta. Un sector de la doctrina asigna a la misma naturaleza procesal, con las consecuencias ya señaladas.

Sin embargo el Tribunal Constitucional mantiene su naturaleza material o sustantiva fundada no en razones de seguridad jurídica, sino en principios de orden público, interés general o político-criminal, esto es, en criterios de “*necesidad de pena*” inspirando la intervención mínima del Derecho Penal y la limitación temporal del “*ius puniendi*” (STC 63/2005, de 4 de marzo), y éste es el criterio que se sigue.

En la justicia militar, el CJM de 1945 amplió a 30 años el plazo de prescripción del delito, que el de 1890 cifraba en 20 años, y ello cuando este último término no había transcurrido. Los Tribunales aplicaron retroactivamente el nuevo plazo más amplio, partiendo de la naturaleza procesal de esta institución. En el vigente Código Penal Militar de 1985, el artículo 45 señala plazo de prescripción, para los delitos que lleven aparejada pena de muerte o cuya pena de prisión sea superior a 15 años, en 20 años. Tanto el artículo 4 como las Disposiciones Transitorias Primera a Tercera establecen la retroactividad del Código Penal de 1985 siempre que sea favorable al reo.

La Convención de Naciones Unidas de 1968 derogó con efectos retroactivos los plazos de prescripción de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, que serán imprescriptibles.

El régimen de la extradición e indulto no es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, el Tribunal Supremo ha establecido que el indulto es una institución material o sustantiva con todas sus consecuencias (régimen de las leyes penales). Así la sentencia de 20 de febrero de 1973.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 22 de marzo de 2001. Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania.

STEDH de 10 de julio de 2003. Caso Grava, contra Italia

STEDH de 10 de febrero de 2004. Caso Punk contra Estonia.

STEDH de 19 de diciembre de 2009. Caso M contra Alemania.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC 9/1981 de 31 de marzo. (Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant)

STC 27/1981 de 20 de julio. (Ponente D. Plácido Fernández Viagas)

STC 8/1982 de 4 de marzo. (Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra)

STC 6/1983 de 4 de febrero. (Ponente D. Luis Díez Picazo)

STC 25/1984 de 23 de febrero. (Ponente D. Antonio Truyol Serra)

STC 42/1986 de 10 de abril. (Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

STC 140/1986 de 11 de noviembre. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 160/1986 de 16 de diciembre. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 34/1987 de 12 de marzo. (Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer)

STC 99/1987 de 11 de junio. (Ponente D. Carlos de la Vega Benayas)

STC 126/1987 de 16 de julio. (Ponente D^a. Gloria Begué Cantón)

STC 133/1987 de 21 de julio. (Ponente D. Antonio Truyol Serra)

STC 3/1988 de 21 de enero. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 227/1988 de 29 de noviembre. (Ponente D. Jesús Leguina Villa)

STC 97/1990 de 24 de mayo. (Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer)

STC 150/1990 de 4 de octubre. (Ponente D. Jesús Leguina Villa)

STC 36/1991 de 14 de febrero. (Ponente D. Francisco Rubio Llorente)

STC 150/1991 de 4 de julio. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 118/1992 de 16 de septiembre. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 197/1992 de 19 de noviembre. (Ponente D. Eugenio Díaz Eimil)

STC 205/1992 de 26 de noviembre. (Ponente D. Luis López Guerra)

STC 162/1996 de 17 de octubre. (Ponente D. José Gabaldón López)

STC 173/1996 de 31 de octubre. (Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral)

STC 212/1996 de 19 de diciembre. (Ponente D. Pedro Cruz Villalón)

STC 182/1997 de 28 de octubre. (Ponente D. Álvaro Rodríguez Berijo)

STC 162/1999 de 17 de octubre. (Ponente D. José Gabaldón López)

STC 104/2000 de 13 de abril. (Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera)

STC 34/2005 de 17 de febrero. (Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez)

STC 82/2005 de 6 de abril. (Ponente D. Manuel Aragón Reyes)

STC 112/2006 de 5 de abril. (Ponente D. Pablo Pérez Tremps)

STC 258/2007 de 18 de diciembre. (Ponente D. Pablo Pérez Tremps)

STC 89/2009 de 20 de abril. (Ponente D. Jorge Rodríguez- Zapata Pérez)

STC 39/2012 de 29 de marzo. (Ponente D^a. Elisa Pérez Vera)

STC 238/2012 de 13 de diciembre. (Ponente D. Pablo Pérez Tremps)

STC 133/2014 de 22 de julio. (Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos)

2.2 SALA PRIMERA DE LO CIVIL

STC 2/1981 de 30 de enero. (Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo)

STC 9/1981 de 31 de marzo. (Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant)

STC 26/1981 de 20 de julio. (Ponente D. Plácido Fernández Viagas)

STC 62/1982 de 15 de octubre. (Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant)

STC 131/1986 de 29 de octubre. (Ponente D. Eugenio Díaz Eimil)

STC 69/1989 de 20 de abril. (Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral)

STC 127/1990 de 5 de julio. (Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral).

STC 150/1991 de 4 de julio. (Ponente D. Francisco Tomás y Valiente)

STC 26/1994 de 27 de enero. (Ponente D. Vicente Gimeno Sendra)

STC 120/1994 de 25 de abril. (Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende)

STC 24/1996 de 13 de febrero. (Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo)

STC 34/1996 de 11 de marzo. (Ponente D. Rafael Mendizabal Allende)

STC 232/1997 de 16 de diciembre. (Ponente D. Vicente Gimeno Sendra)

STC 52/2003 de 17 de marzo. (Ponente D^a María Emilia Casas Baamonde)

STC 238/2006 de 17 de julio. (Ponente D. Pascual Sala Sánchez)

STC 283/2006 de 9 de octubre. (Ponente D. Javier Delgado Barrio)

STC 116/2009 de 18 de mayo. (Ponente D. Pablo Pérez Tremps)

2.3 SALA SEGUNDA DE LO PENAL

STC 2/1981 de 30 de enero. (Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo)

STC 8/1981 de 30 de marzo. (Ponente D. Francisco Tomás y Valiente)

STC 15/1981 de 7 de mayo. (Ponente D. Plácido Fernández Viagas)

STC 77/1983 de 3 de octubre. (Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

STC 57/1985 de 29 de abril. (Ponente D. Francisco Tomás y Valiente)

STC 159/1985 de 27 de noviembre. (Ponente D. Francisco Rubio Llorente)

STC 66/1986 de 23 de marzo. (Ponente D. Ángel Latorre Segura)

STC 42/1987 de 7 de abril. (Ponente D. Ángel Latorre Segura)

STC 117/1987 de 8 de julio. (Ponente D^a. Gloria Begué Cantón)

STC 122/1987 de 14 de julio de 1987. (Ponente D. Ángel Latorre Segura)

STC 101/1988 de 8 de junio. (Ponente D. Carlos de la Vega Benayas)

STC 157/1990 de 18 de octubre. (Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer)

STC 12/1991 de 28 de enero. (Ponente D. Francisco Rubio Llorente)

STS 34/1996 de 11 de marzo. (Ponente D. Rafael Mendizábal de Allende)

STC 137/1997 de 21 de julio. (Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer)

STC 151/1997 de 29 de septiembre. (Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer)

STC 120/1998 de 15 de junio. (Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral)

STC 189/1998 de 28 de septiembre. (Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer)

STC 42/1999 de 22 de marzo. (Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer)

STC 142/1999 de 22 de julio (Ponente D. Julio Diego González Campos)

STC 99/2000 de 10 de abril. (Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas)

STC 278/2000 de 27 de noviembre. (Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer)

STC 123/2001 de 3 de julio. (Ponente D. Julio Diego González Campos)

STC 228/2002 de 9 de diciembre. (Ponente D. Eugey Gay Montalvo)

STC 20/2003 de 10 de febrero. (Ponente D^a. Elisa Pérez Vera)

STC 63/2005 de 14 de marzo. (Ponente D. Eugeny Gay Montalvo)

STC 120/2005 de 10 de mayo. (Ponente D. Pascual Sala Sánchez)

STC 151/2005 de 6 de junio. (Ponente D^a Elisa Pérez Vera)

STC 29/2008 de 20 de febrero. (Ponente D. Pascual Sala Sánchez)

STC 90/2009 de 20 de abril. (Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez)

STC 91/2009 de 20 de abril. (Ponente D. Ramón Rodríguez Arribas)

STC 147/2009 de 15 de junio. (Ponente D^a Elisa Pérez Vera)

STC 57/2010 de 4 de octubre. (Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez)

STC 59/2010 de 4 de octubre. (Ponente D. Eugeni Gay Montalvo)

STC 95/2010 de 15 de noviembre. (Ponente D^a. Elisa Pérez Vera)

STC 108/2012 de 21 de mayo. (Ponente D. Francisco José Hernando Santiago)

2.4 SALA TERCERA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

STC 206/2009 de 23 de noviembre. (Ponente D. Eugeni Gay Montalvo)

3 TRIBUNAL SUPREMO.

3.1 SALA PRIMERA DE LO CIVIL

STS 19 de octubre de 1982. (Ponente D. Jaime Santos Briz)

STS 11 de junio de 1985. (Ponente D. Rafael Casares Córdoba)

STS de 28 de abril de 1989. (Ponente D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)

STS 16 de abril 1991. (Ponente D. José Almagro Nosete)

STS 03 de marzo 1992. (Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil)

STS 25 de mayo de 1995. (Ponente D. Teófilo Ortega Torres)

STS 03 de junio de 1995. (Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez)

STS 17 de septiembre de 1996. (Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes)

STS 26 de junio de 1997. (Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

STS 03 de noviembre de 1997. (Ponente D. Pedro González Poveda)

STS 20 de diciembre de 2001. (Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS 14 de noviembre de 2002. (Ponente D. Francisco Marín Castán)

STS 25 de noviembre de 2005. (Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros)

STS 03 de abril de 2008. (Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos)

STS 20 de abril de 2009. (Ponente D. José Almagro Nosete)

STS 25 de noviembre de 2005. (Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros)

STS 17 de julio de 2008. (Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

STS 27 de julio de 2010. (Ponente D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos)

STS 18 de julio de 2011. (Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos)

STS 11 de febrero de 2015. (Ponente D. Eduardo Baena Ruiz)

3.2. SALA SEGUNDA DE LO PENAL

STS 23 de junio de 1980. (Ponente D. Mariano Gómez de Liaño Cobaleda)

STS 26 de junio de 1980. (Ponente D. José Hijas Palacios)

STS 27 de diciembre de 1982. (Ponente D. José Hermeregildo Moyna Menguez)

STS 30 de marzo de 1983. (Ponente. D. Manuel García Miguel)

STS 26 de septiembre de 1983. (Ponente D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara)

STS 08 de abril de 1986. (Ponente D. Luis Vivas Marzal)

STS 07 de junio de 1988. (Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo)

STS 25 de abril de 1990. (Ponente D. Manuel García Miguel.

STS 21 de diciembre de 1990. (Ponente D. Luis Vivas Marzal)

STS 25 de noviembre de 1991. (Ponente D. José Luis Martín Pallín)

STS 15 de enero de 1992. (Ponente D. Luis Román Puertas).

STS 10 de febrero de 1993. (Ponente. D. Enrique Ruiz Vadillo).

STS 6 de septiembre de 1994. (Ponente. D. Gregorio García Ancos)

STS 18 de julio de 1996. (Ponente D. Joaquín Delgado García)

STS 14 de junio de 1997. (Ponente D. José Antonio Martín Pallín)

STS 24 de octubre de 1997. (Ponente D. Gregorio García Ancos)

STS 20 de enero de 1998. (Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez)

STS 14 de febrero de 1998. (Ponente D. Gregorio García Ancos)

STS 25 de abril de 1998. (Ponente D. Carlos Granados Pérez).

STS 29 de abril de 1998. (Ponente D. Luis Román Puertas Luis)

STS 05 de mayo de 1999. (Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar).

STS 08 de junio de 1999. (Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater)

STS 26 de octubre de 1999. (Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater)

STS 21 de diciembre de 1999. (Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Touron)

STS 27 de enero de 2000 (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 08 de febrero de 2000. (Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón)

STS 30 de junio de 2000. (Ponente D. Gregorio García Ancos).

STS 03 de febrero de 2001. (Ponente D. José Antonio Marañón Chavarrí)

STS 26 de febrero de 2001. (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 18 de mayo de 2001. (Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar)

STS 13 de julio de 2001. (Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón)

STS 19 de septiembre de 2001. (Ponente D. José Antonio Martín Pallín)

STS 23 de noviembre de 2001. (Ponente D. Joaquín Giménez García)

STS 20 de diciembre de 2001. (Ponente D. Xavier O`Callaghan Muñoz)

STS 17 de febrero de 2002. (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 14 de marzo de 2003. (Ponente D. José Ramón Soriano Soriano).

STS 27 de marzo de 2003. (Ponente D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez)

STS 30 de abril de 2003. (Ponente D. José Jiménez Villarejo)

STS 30 de enero de 2004. (Ponente D. Miguel Colmenero Pérez de Luarca)

STS 30 de marzo de 2004. (Ponente D. Gregorio García Ancos)

STS 23 de abril de 2004. (Ponente D. Joaquín Delgado García)

STS 30 de marzo de 2004. (Ponente D. Gregorio García Ancos)

STS 04 de noviembre de 2004. (Ponente D. José Ramón Soriano Soriano)

STS 19 de mayo de 2005. (Ponente D. José Antonio Martín Pallín).

STS 21 de abril de 2005. (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 26 de octubre de 2005. (Ponente D. José Antonio Martín Pallín)

STS 28 de febrero de 2006. (Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar)

STS 28 de marzo de 2006. (Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

STS 21 de abril de 2006. (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 06 de febrero de 2007. (Ponente D. José Manuel Maza Martín)

STS 21 de junio de 2006. (Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

STS 10 de mayo de 2007. (Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo).

STS 04 de noviembre de 2008. (Ponente. D. José Ramón Soriano Soriano)

STS 14 de noviembre de 2008. (Ponente D. Diego Antonio Gancedo Ramos)

STS 22 de diciembre de 2008. (Ponente D. Joaquín Delgado García)

STS 11 de junio de 2009. (Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre)

STS 16 de abril de 2010. (Ponente D. Luciano Varela Castro)

STS 13 de mayo de 2010. (Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca)

STS 25 de junio de 2010. (Ponente D. Luciano Varela Castro)

STS 08 de octubre de 2010. (Ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

STS 09 de junio de 2011. (Ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

STS 24 de julio de 2012. (Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo)

STS 21 de diciembre de 2012. (Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre)

STS 03 de enero de 2013. (Ponente D. Antonio del Moral García)

STS 13 de marzo de 2013. (Ponente D. Juan Saavedra Ruiz)

STS 10 de junio de 2013. (Ponente D. Antonio del Moral García)

STS 16 de diciembre de 2013. (Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar)

STS 07 de febrero de 2014. (Ponente. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro)

STS 11 de marzo de 2014. (Ponente D. Francisco Monterde Ferrer)

3.3 SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

STS 16 de mayo de 1988. (Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio)

STS 26 de febrero de 1999. (Ponente D. Rafael Fernández Montalvo)

STS 3 de junio de 2003. (Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos)

STS 21 de julio de 2009. (Ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat)

STS 6 de julio de 2012. (Ponente D. Juan José González Rivas)

3.4 SALA CUARTA DE LO SOCIAL

STS de 5 de julio de 1986. (Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete)

3.5 SALA QUINTA DE LO MILITAR.

STS de 19 de febrero de 2014. (Ponente D. Francisco Menchen Herreros)

NORMATIVA

Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1928.

Código de Justicia Militar. Publicado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890.

Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

Código de la Marina de Guerra Española de 24 de agosto de 1888.

Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822.

Código Penal de 1848. Sancionado el 19 de marzo de 1848.

Reforma de Código Penal de 1850. Reformado según Real Decreto de 30 de junio de 1850. (GACETA DE MADRID de 10 a 19 de junio)

Código Penal de 1870, aprobado por Ley de 1 de junio de 1870. (Suplemento a la GACETA DE MADRID de 31 de agosto)

Código Penal de 1928, aprobado por Real Decreto-ley de 8 de septiembre de 1928. (GACETA DE MADRID de 9 de septiembre)

Código Penal de 1932 aprobado por Ley de 27 de octubre de 1932. (GACETA DE MADRID de 28 de octubre)

Código Penal. Texto refundido de 1944, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944. (GACETA DE MADRID de 24 de diciembre)

Código Penal. Texto Revisado de 1963. Aprobado por Decreto 691/1963 de 28 de marzo, por el que se aprueba el Texto revisado de 1963 de Código Penal. (BOE N° 84 de 8 de abril).

Código Penal. Texto Refundido de 1973. Aprobado por Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre (BOE N° 297, de 12 de diciembre).

Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre (BOE N° 281 de 24 de noviembre; rec. BOE N° 54 de 2 de marzo).

Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884

Constitución Política de la Monarquía Española. Decretada por las Cortes el día 19 de marzo de 1812.

Constitución española de 1837. Promulgada el 18 de junio de 1837.

Constitución española de 1845. Promulgada el 23 de mayo de 1845.

Constitución española de 1869. Promulgada el 1 de junio de 1869.

Constitución española de 1876. Promulgada el 30 de junio de 1876.

Constitución española de 1931. Promulgada el 9 de diciembre de 1931.

Constitución nonata de 1856.

Constitución nonata de 1873.

Decreto 4104/1964 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamiento Urbanos de 24 de diciembre. (BOE N° 312 de 29 de diciembre)

Estatuto de Bayona de 1808

Estatuto Real de 1834, promulgado el 10 de abril de 1834.

Fuero de los Españoles, promulgado el 18 de julio de 1945.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, modificada por ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Ley de 23 de julio de 1908 Represora de la Usura. (GACETA DE MADRID de 24 de julio)

Ley de 2 de marzo de 1932 de divorcio. (GACETA DE MADRID de 11 de marzo)

Ley de 4 de agosto de 1933, de Vagos y Maleantes. (GACETA DE MADRID de 5 de agosto).

Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 17 de mayo de 1933. (GACETA DE MADRID de 3 de junio)

Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al Divorcio. (BOE N° 278 de 5 de octubre de 1939)

Ley de Amnistía de 20 de abril de 1934. (GACETA DE MADRID N° 115 de 25 de abril de 1934).

Ley de 9 de febrero de 1939 sobre Responsabilidades Políticas. (BOE 13 febrero de 1939).

Ley de 8 de mayo de 1939 sobre invalidez de las actuaciones practicadas por funcionarios extraños al Movimiento Nacional. (BOE N° 133 de 13 de mayo de 1939)

Ley de 23 de septiembre de 1939 considerando no delictivos ciertos hechos cometidos desde el 14 de abril de 1931 al 18 de julio de 1936. (BOE N° 273 de 30 de septiembre)

Ley de 1 de marzo de 1940 sobre Represión de la Masonería y el Comunismo. (BOE N° 12.667, de 2 de marzo de 1940)

Ley 3/1967 de 8 de abril, sobre Modificación de determinados artículos del Código Penal. (BOE N° 86 de 11 de abril)

Ley 16/1970 de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. (BOE N° 187 de 6 de agosto).

Ley 62/1978 de 26 diciembre de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. (BOE N° 3 de 3 de enero de 1979)

Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE N° 239 de 5 de octubre)

Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE N° 239 de 5 de octubre).

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (BOE N° 157 de 2 de julio; rec. BOE N° 264 de 4 de noviembre); modificada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial (BOE N° 266 de 4 de noviembre).

Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal (BOE N° 152 de 27 de junio).

Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre de Código Penal Militar. (BOE N° 296 de 11 de diciembre). Modificada por Ley Orgánica 13/1991 de 20 de diciembre.

Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del Código Penal. (BOE N° 148 de 22 de junio de 1989).

Ley /1991 de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal, en materia de responsabilidad civil del profesorado. (BOE N° 7 de 8 de enero de 1991)

Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. L.O. 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

Ley 57/1997 de 19 de diciembre, sobre concesión de dos créditos extraordinarios, por importe total de 120.277.891 pesetas, para el pago de indemnizaciones no concretadas, durante la instrucción del proceso por el incendio de la discoteca de la calle Alcalá 20, según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1997. (BOE N° 304 de 20 de diciembre)

Ley Orgánica 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE N° 7 de 8 de enero) texto adaptado a la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE N° 245 de 11 de octubre). Con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE N° 56 de 6 de marzo)

Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. (BOE N° 11 de 13 de enero)

Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas. (BOE N° 156 de 1 de julio).

Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. (BOE N° 283 de 26 de noviembre).

Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE N° 290 de 5 de diciembre)

Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. (BOE N° 152, de 23 de junio).

Ley Orgánica 5/2012 de 22 de octubre de Reforma de la Ley Orgánica 8/2007 sobre financiación de los partidos políticos. (BOE N° 255 de 23 de octubre de 2012).

Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modifica la Ley 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social. (BOE N° 312 de 28 de diciembre de 2012).

Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. (BOE N° 77 de 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, en materia de terrorismo (BOE N° 77 de 31 de marzo de 2015)

Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. (BOE N° 77 de 31 de marzo de 2015)

Ley de 1 de marzo de 1949, para la Represión del Comunismo y la Masonería. (BOE 12.667).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. (BOE N° 206 de 25 de julio de 1889)

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ACALE SÁNCHEZ, María. *“Libertad vigilada”*. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

ALEXI, Robert. *BerschlufB des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*. Hamburg Joachim Jungius Gesellschaft der Wissens-Chaften Vandenhoeck & Ruprecht, 1997 (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius Gesellschaft der Wissens-Chaften. Traducción de A. Daniel Oliver-Lalana. *“Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”*. Revista DOXA 23. 2000.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *“Derecho Civil”*. Tomo I. Editorial Edisofer. Decimoctava Edición. Madrid 2009.

ALONSO ALONSO, José Manuel. *“De la vigencia y aplicación del Código Penal en 1822”*. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Año II, número 11. Madrid 1946

ALVARADO PLANAS, Javier. *“El proyecto de Código Penal de 1884 de Silvela y el Código Penal del Protectorado Español en Marruecos”*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 1. 1992.

ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. *“Código Penal con jurisprudencia”*. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *“Sobre el Principio de Legalidad”* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2009.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *“Comentarios a la Reforma Penal de 2010”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar.

- “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Tomo I. Artículos 1 a 9. Editorial Edersa 1996
- “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Tomo III. Artículos 24 a 38. Editorial Edersa 1996.

AMBRIZ LANDA, Adalid. “*Breve análisis y doctrina sobre la aplicación de la ley intermedia*”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal nº 29. Méjico 2010.

ANTON ONECA, José

- “*Historia del Código Penal de 1822*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVIII. Fascículo II. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1965.
- “*El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo III. Madrid 1965.
- “*El Código Penal de 1870*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXIII. Fascículo II. Madrid 1970.

ANTON ONECA, José, RODRÍGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. “*Derecho Penal*”. Parte General. Grafica Administrativa. Rodríguez San Pedro. Madrid 1949.

ARTOLA GALLEGO, Miguel. “*Los derechos del hombre*”. Editorial Alianza. Madrid 1987

ASTUDILLO ALVARO, María Fuencisla. “*Responsabilidad penal de los menores: Enfoque social, criminológico y político criminal*”. Tutor Fernando Santa Cecilia García. Inédito. Trabajo fin de master. Universidad Complutense de Madrid 2009.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. *“Cambiar el pasado: Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución española”*. Editorial Tecnos. 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

- *“Derecho Penal”*. Parte General. Editorial Hammurabi. Argentina 1999.
- *“Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”*. Actualidad Penal, nº 1. 1994

BALDOMINO DÍAZ, Raúl. A *“(Ir)retroactividad de las modificaciones a las normas complementarias de la una ley penal en blanco”*. Revista de Política Criminal nº 7. 2009.

BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *“La Ley antiterrorista. Un estado de excepción encubierto”*. Diario El País 22 de abril de 1985.

BARÓ PAZOS, Juan. *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”*. Editorial Universidad de Cantabria. Santander 1993.

BECCARIA, Cesare. *“De los delitos y las penas”*. Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Edición española. Editorial Aguilar S.A de Ediciones. Primera Edición. Cuarta impresión. 1982

BEJERANO GUERRA, Fernando. *“Disposiciones de Derecho Transitorio en la Ley Orgánica 15/2003”*. Boletín del Colegio de Abogados de Madrid nº 30 3ª Época. Enero 2005.

BERISTAÍN IPIÑA, Antonio. *“El proyecto de Código Penal, víctima de las estructuras”*. Anuario de Derecho Penal. Tomo XXXIV. Fascículo 3. Madrid 1980.

BOIX REIG, Javier. *“El principio de legalidad en la Constitución”*. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la Semana del Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda. Organizada por el Departamento de

Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Deusto (4 al 11 de marzo de 1983).

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *“La problemática de las leyes penales en blanco. Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, y Medio Ambiente en el Código Penal y la legislación especial. Directora Patricia Faraldo Cabana. Coordinador Luz María Puente Aba. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2011.*

BUENO ARÚS, Francisco.

- *“La Ciencia del Derecho Penal: Un modelo de Inseguridad Jurídica”*. Editorial Aranzadi SA. 2005.
- *“La Cancelación de Antecedentes Penales”*. Editorial Aranzadi SA. Primera Edición. 2006.

CANCINO MORENO, Antonio José. *“Necesidad de la Regulación del Real Principio del Derecho Penal Mínimo”*. Dogmática y Ley Penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2004.

CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. *“Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en el Código Penal de 1848”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 28, Fascículo/mes 3. 1975.

CASABÓ RUIZ, José Ramón

- *“Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan del Código Criminal de 1787”*. Anuario de Derecho Penal. Tomo XXII 1969.
- *“La aplicación del Código Penal de 1822”*. Anuario de Derecho Penal. Tomo XXXII. Fascículo 2. 1979.
- *“La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen V. (1982). Cursos y Congresos nº 22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.*

CASTÁN TOBEÑAS, José, “*Derecho Civil Español Común y Foral*” Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas Generales. Teoría de la norma jurídica. Editorial Reus. Segunda Edición, revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Madrid 2005.

CEREZO MIR, J, “*Curso de Derecho Penal Español*”. Parte General I Introducción. Editorial Tecnos. Sexta Edición. Madrid 2004.

CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Comentarios a la Constitución*”. Editorial Jurista Editores. Quinta Edición. Lima 2009.

COBO DEL ROSAL, Manuel.

- “*Sustitución del I.G.T.E: Por el I.V.A: Principio de Legalidad y Retroactividad de la Ley Penal más favorables*”. Fragmentos Penales y Escritos Breves. Revista Cuadernos de Política Criminal. Número 53. 1994.
- “*Comentarios al Código Penal*”. Tomo I. Artículos 1 a 18. Editorial Edersa. Madrid 2000.
- “*Comentarios al Código Penal*”. Tomo II. Artículos 95 a 137. Editorial Edersa. Madrid 2000.
- “*Sinopsis de Derecho Penal*”. Parte General. Libro de estudio. (Director- Coordinador) Manuel Cobo del Rosal. Dykinson. Madrid 2011.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.) “*Comentarios a la Legislación Penal*”. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1982.

COBO DEL ROSAL, Manuel/ BOIX REIG Javier. “*Garantías Constitucionales del Derecho Sancionador*”. Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitucional. Editorial Edersa. Madrid 1982

COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTAR DIEZ, Manuel.

- *“Instituciones de Derecho Penal”*. Parte General. CESEJ Ediciones. Madrid 2004.
- *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III. Artículos 24 a 38. Editorial Edersa. 1996

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás *“Derecho Penal”*. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta Edición. Valencia 1999.

COLINA GAREA, Rafael. *“Comentarios al Código Civil”*. Tomo I. (Art. 1 a 151) Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *“Código Penal Comentado”*, Editorial Bosch. Tercera Edición. Junio 2010.

CORDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARAN, Mercedes. *“Comentarios al Código Penal”*. Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Editorial Marcial Pons. 2004.

CUELLO CALON, Eugenio. *“Código Penal. Texto revisado 1963”*. Editorial Bosch. 1963

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *“Curso de Derecho Penal”*. Parte General. Editorial Tecnos. 2011.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *“Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal”*. Estudios Jurídicos en memoria al Profesor Dr. D. Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Univesitat de Valencia. Institut de Criminología. Valencia 1997.

CUERDA RIEZU, Antonio Rafael.

- *“La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario. Coordinadores Manuel

Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Edita J.M Bosch. Madrid 1998.

- “*La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*”. Iustel. Primer Edición 2014.

DANNECKER, Gerard. “*La garantía del principio Ne bis in ídem en Europa*”. Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Instituto Universitario de investigación Ortega y Gasset. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2004.

DE CASTRO y BRAVO, Federico.

- “*Derecho Civil de España*”. Parte General I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Instituto de Estudios Políticos. Tercera Edición. Madrid 1955.
- “*Código Civil de España*”. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid 1959.

DE LA MATA BARRANCO PÉREZ, Norberto J. “*Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente*” Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. 1997.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “*El principio de Legalidad Penal*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004

DÍAZ AZNARTE, María Teresa. “*Teoría General de la sucesión de leyes en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2002.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDÓ, Miguel. “*Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. Valencia 1997.

DÍEZ PICAZO, Luis María/ELVIRA PERALES, Ascensión. *“La Constitución de 1978”*. Dirigida por Manuel Artola. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis María/ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Editorial Tecnos. Duodécima Edición. 2012.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *“Derecho Transitorio Penal de Menores”*. (Comentarios al Derecho Transitorio de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal del menor). Editorial Dykinson. Madrid 2001.

ESPIN CANOVAS, Diego. *“Derecho Civil Español”*. Volumen I Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Quinta Edición. Madrid 1974.

FALCÓN y TELLA, María José. *“Lecciones de Teoría del Derecho”*. Editorial UCM. Tercera Edición. Madrid 2006.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *“Código Civil”*. Editorial Thomson Aranzadi. Novena Edición. 2008.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *“Universidad y Guerra Civil”*. Lección Inaugural Curso 2009-2010. Servicio de Publicaciones. Universidad de Huelva.

FIORE, Pascuale. *“De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada”*. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Colección Clásicos del Derecho. Directores Joaquín Almoguera Carreres, Gabriel Guillén Kalle. Editorial Reus. Cuarta Edición. 2009.

FRIGOLS I BRINES, Eliseu.

- *“Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y Aplicabilidad Temporal de las Normas Penales”*. J.M. Bosch Editor. Barcelona 2004.

- “*El principio de Irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*”. Editorial jurídica continental. San José. Costa Rica. 2002.

FUENTES OSORIO, Juan Luis. “*Sistema de clasificación penitenciaria y “el período de seguridad” del artículo 36.2 CP*”. InDret Revista para el análisis del derecho 1/2011.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. Estudios Penales y Criminología, Volumen XVI. 1993. Cursos y congresos nº 76 Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*El valor normativo de la Constitución española*”. Revista de Derecho Político nº 44. 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNANDEZ, Tomás Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo I*”. Editorial Thomson-Reuters. Decimoquinta Edición. 2011.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. “*Manual de Historia del Derecho Español*”. Tomo II. Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Segunda Edición. Madrid 1964.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio.

- “*Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*”. Volumen I y II. Editorial Universitaria Ramón Areces. Quinta Edición. Madrid 2012.
- “*Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXVI. Fas/Mes 1983.
- “*La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho*” Estudios Penales y Criminológicos. Volumen XV. 1992. Cursos y

Congresos 1971. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.

- “*La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXII. Fas/mes 3, 1997
- “*La Soledad de las víctimas en Estrasburgo*”. Diario La Razón 28 de octubre de 2013.
- “*Menores privados de libertad*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo XV. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1996.
- “*Legitimación y límites del ius puniendi*”. Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios jurídicos en la definición del derecho. Principios del Derecho II. Ángel Sánchez de la Torre y Cristina Fuertes-Planas Aleix
- “*Tratado de Criminología*”. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta Edición actualizada, corregida y aumentada. Valencia 2014.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. “*Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*”. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1 Enero a Marzo. 1966.

GARRIDO FALLA, Fernando. “*Comentarios a la Constitución*”. Editorial Civitas. Tercera Edición ampliada. Madrid 2001.

GARRIDO FALLA, Fernando/TOLOMAR OLMEDA, Alberto/LOSADA GONZÁLEZ, Herminia. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Parte General. Volumen II. Decimoquinta Edición. Madrid 2010.

GAYA SICILIA, Regina “*El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*”. Editorial Montecorvo. Madrid 1987.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.

- “*Prólogo a la novena edición del Código Penal*”. Código Penal. Editorial Tecnos. Novena Edición. 2004

- “*Crítica a la sentencia de la presa de Tous*”. Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen II. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. Valencia 1997.
- “*La Reforma del Código Penal*”. Diario El Mundo. Tribuna de Derecho 24 de abril de 2015

GIMENO SENDRA, Vicente. “*Los principios de Legalidad y Non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. Diario La Ley. Año XXVIII. Número 6735. Jueves 14 de junio de 2007.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. “*El final de la doctrina Parot*”. Diario El País de 21 de octubre de 2013.

GONZÁLEZ ESCRIBANO, Juan Ignacio. “*El poder judicial a través de las Constituciones Españolas*”. Revista de Derecho Judicial. Nº 42. 1972.

GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma. “*Análisis de la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad*”. Actualidad Penal nº 40. 2003.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. “*El Periodo de Seguridad*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

GONZALO RODRÍGUEZ, Rosa María. “*Análisis del Código Penal de 1995 tras la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.*” La Ley Penal Revista de derecho penal, procesal y penitenciario nº 9. 2004.

GROIZAR y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. “*El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*”. Tomo I. Segunda Edición. Madrid 1902.

HUERTA TOCILDO, SUSANA. “*El derecho a la legalidad penal*”. Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario. Directores María

Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer. Madrid 2008.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “*Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la Ley Penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*”. Revista Jurídica de Castilla León. Nº 6. Mayo 2005.

INIESTA PASTOR, Emilia.

- “*El Código Penal español de 1848*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2011.
- “*La Comisión General de Codificación (1843-1997) De la codificación moderna a la descodificación contemporánea*”. Anuario de Historia y Derecho. Tomo LXXXIII. 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich. “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Traducido por Jose Luis Manzanares Samaniego. Cuarta Edición corregida y ampliada. Granada 1993.

JIMÉNEZ ALEMÁN, José Alonzo. “*La Aplicación de la norma jurídica en el tiempo: Algunas reflexiones en el ámbito del derecho administrativo frente a situaciones concretas*”. Revista Jurídica SSIAS. Escuela de Derecho. Año 6 nº 6. Universidad Señor de Sipan. Julio 2013.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “*Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*”. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana 1989.

JIMÉNEZ MOSTAZO Antonio/RODRÍGUEZ ALVARADO, Pedro. “*Ne bis in idem. Un principio constitucional de creación jurisprudencial (III): Formulación constitucional*”. Anuario de la Facultad de Derecho. Volumen XXIII, 2005.

JORGE BARREIRO, Agustín. “*La Reforma de 1978 a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*”. Comentarios a la Legislación Penal. Volumen II. El Derecho Penal del Estado democrático. Madrid 1983.

JUANATEY DORADO, Carmen. “*La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento integro y efectivo de las Penas y los principios constitucionales del Derecho Penal*”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario, núm. 09. Año 1. Octubre 2004.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Elementos de Derecho Civil*”. Parte General. Volumen I Introducción. Editorial Dykinson. Cuarta Edición. Madrid 2006.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. “*Principio de legalidad Penal.*”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 1. Septiembre 2011-febrero 2012.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Editorial Tecnos. Quinta Edición. Madrid 1996.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “*En torno al proyecto Sainz de Andino de Código Criminal*”. Anales de la Universidad de Derecho de Murcia. Volumen XXXIV. Número 3-4

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio.

- “*Sobre la retroactividad penal favorable*”. Civitas Ediciones S.L. Primera Edición. 2000.
- “*La proporcionalidad de la norma penal*”. Cuadernos de Derecho Público, número 5 (septiembre-diciembre). 1998.

LASSO GAITE, Juan Francisco. “*Crónica de la Codificación española V*”. Codificación Penal. Volumen I. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Centro de publicaciones. 1970

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes. “*Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias*”. Editorial Akal. Madrid 1988.

LÓPEZ MENUDO, Francisco.

- “*La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978*”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 31. 1981.
- “*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*” Documentación Administrativa nº 263-264 (mayo-diciembre) 2002

LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel. “*Criterios y perspectivas de la Codificación Penal*”. Separata de Estudios Penales y Criminológicos, III. Universidad de Santiago de Compostela. 1979.

LUZON PEÑA, Diego Manuel,

- “*Curso de Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Universitas. Madrid 2004.
- “*Alcance y función del Derecho Penal*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLII. Fascículo I. 1989.

LLABRÉS FUSTER, Antoni. “*Comentarios al Código Penal*”. Director Manuel Gómez Tomillo. Editorial Lex Nova. Enero 2011.

MACHO PEREZ, Ana Belén. “*El principio de irretroactividad en Derecho Tributario*”. Universidad Pompeu Fabra. Tesis doctoral en red. <http://hdl.handle.net/10803/7308>

MADRID CONESA, Fulgencio. “*El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*”. Colección de Estudios. Serie Minor. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1982.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli.

- “*Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*”. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología. Tercera Época nº 9. 2013.

- “*Drogas: España contra corriente. La reforma del Código Penal es un paso atrás a la hora de abordar el problema*”. Diario El País. Tribuna. 10 de abril de 2015.

MANRESA NAVARRO, José María. “*Comentarios al Código Civil Español*” por D. José María Manresa y Navarro con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas. Tomo XII. Editorial Reus S.A. Sexta Edición revisada por Justo J. Gómez Ysabel. Madrid 1973.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

- “*La Pena de Interdicción Civil*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXII Fascículo/Mes 2. 1979.
- “*Cumplimiento Íntegro de las Penas*”. Actualidad Penal nº 1. 2003.
- “*Acumulación de Penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot)*” Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Dr. D. Alfonso Serrano Gómez. Editorial Dykinson. 2006.
- “*Las tribulaciones de la doctrina Parot*” Diario La Ley Nº 8178. Año XXXIV de 25 de octubre de 2013.
- “*La Reforma del Código Penal de 2015 (Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo)*” Editorial La Ley. 2015

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena María. “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”. Derecho Penal. Parte General.. Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición revisada y puesta al día con las recientes reformas. Valencia 2004.

MARRERO GARCÍA-ROJO, Ángel. “*Comentarios a la Constitución Española de 1978. XXX Aniversario*”. Directores María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñeiro Bravo-Ferrer. Edita Fundación Wolters Kluwer. Edición 2008.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *“El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo”*. Revista Española de Derecho Administrativo. Enero-Marzo 2015

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *“Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico”*. Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Ediciones Universidad Salamanca. Primera Edición. Diciembre 2007.

MARTINEZ DHIER, Alejandro. *“Historia del Pensamiento Jurídico. Un tránsito del Antiguo Régimen al Estado Liberal de Derecho”*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXX. 2008.

MARTÍNEZ FRANCISCO, Nieves. *“Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *“Las Fuentes de la Constitución de 1876. Continuidad y cambio en el Constitucionalismo del siglo XIX”*. Revista de Derecho Político nº 8. 1981.

MATA DE FRANCISCO, Jesús. *“Ne bis in idem y seguridad jurídica”*. Tesis doctoral. Inédita. Dirección de Fernando Santa Cecilia García. Madrid 2009.

MAURACH, Reinhart. *“Problemas de la reforma penal en Alemania”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fascículo 3. 1967.

MENDOZA ÁLVAREZ, María José. *“Análisis dogmático de la extensión de prohibición de retroactividad a la doctrina jurisprudencial”*. Trabajo fin de master de Derecho Público. Tutor Francisco Javier Paino Rodríguez. Inédito. Madrid 2015

MEZGER, Edmundo. *“Derecho Penal”*. Libro de Estudio. Tomo I. Parte General. Traducción de la Sexta edición por Conrado A. Finzi. Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago. *“Derecho Penal”*. Parte General. Editorial Reppertor. Novena Edición a cargo de Víctor Gómez Martín. Barcelona 2011.

MONTERDE GARCÍA, Juan Carlos. *“Incidencias en la trayectoria de la Comisión General Penal de Codificación (1858-1863). La actuación del ministro Fernández Negrete y sus consecuencias”*. Anuario de la Facultad de Derecho de Derecho. Volumen XXVI. 2008.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. *“Límites al poder punitivo del Estado (V)”*. Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición revisada y puesta al día con recientes reformas penales. Valencia 2004.

MORALES GARCIA, Oscar. *“Código Penal con jurisprudencia”*. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2013.

MORALES PRATS, Fermín. *“La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas. La ley penal en blanco y concepto de peligro”*. Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia. Institut de criminología. Valencia 1997.

MORENO GIL Oscar. *“Código Civil y Jurisprudencia concordada”*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Cuarta Edición. Madrid 2006.

MUÑOZ CLARES, José. *“Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos”*. Editorial Aranzadi S.A. Primera Edición. 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

- *“Principios inspiradores del Proyecto de Código Penal español de 1994”*. Valore e principio della codificazione penale: la esperienza italiana, spagnola e francese, Padova 1995

- “*Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suarez Montes.

MUÑOZ CONDE, Francisco /GARCÍA ARAN, Mercedes. “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Octava Edición, revisada y puesta al día. Valencia 2010.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan. “*A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas*”. Diario La Ley. Año XXIX. Número 7061. Viernes 21 de noviembre de 2008.

NÚÑEZ BARBERO, Ruperto. “*La Reforma Penal de 1870*”. Universidad de Salamanca. Editorial Graficas Europa. 1969.

NUÑEZ FERNÁNDEZ, José. “*La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto “Del Río Prada c. España”: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*”. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época nº 9. 2013

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “*Código Civil comentado y con jurisprudencia*”. Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Séptima Edición. Madrid 2012

OLIVER CALDERON. Guillermo.

- “*El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*”. Revista de la Universidad Católica de Valparaíso XXI. Chile. 2009.
- “*Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*”. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERON, Joaquín Francisco. “*El Código Penal comentado y concordado*”. Tomo I. Imprenta y Fundición de Manuel Tello. Madrid 1881.

PASCUAL MEDRANO, Amelia. *“Comentarios del Código Civil”*. Volumen 1. Título Preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. (Artículos 1 a 608). Directores Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández. Civitas Thomson Reuters. Primera Edición 2011.

PASQUAU LIAÑO, Miguel. *“Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil”*, Tomo I Artículos 1 a 608. Dirección Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frias. Editorial Comares. Segunda Edición. Granada 2009.

PASTOR ALCOY, Francisco,

- *“La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Comentarios y Formularios”* Edita Práctica de Derecho S.L. Valencia 1996
- *“Guía urgente del nuevo Código Penal. Principios básicos. Cálculo de la pena. Revisión de sentencias. Formularios. Jurisprudencia y cuadros sinópticos. Anexos normativos”*. Editorial Práctica de Derecho S.L. 1996

PECES BARBA, Gregorio/FERRE SAMA, Antonio/ VIADA L. PUIGCERVER, Carlos. *“Legislación española. Leyes Penales. Concordadas, anotadas y con índices completísimos”*. Editorial Lex. Segunda Edición. Madrid 1963.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *“Seguridad Jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia”*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED nº 15. 2000.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *“Comentarios a la Reforma Penal de 2010”*. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010

PEDREIRA GONZALEZ, Félix María.

- “*La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*”. Editorial Centro Ramón Areces. S.A. Madrid 2004
- “*Derecho penal material, Derecho penal procesal y Prohibición de retroactividad*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 61. Fascículo/mes 1, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Tomo I. Editorial Tecnos, 2013.

PRO RUIZ, Juan. “*III. El Estatuto Real y la Constitución de 1837*”. Colección Las Constituciones españolas. Dirigida por Miguel Artola. Editorial Iustel. Primera Edición. Madrid 2010.

PUIG PEÑA, Federico. “*Derecho Penal*” Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid 1968.

QUESADA MORILLAS, Yolanda. “*El delito de rapto en el primer proyecto de código penal al amparo de la Constitución de 1812*” Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I, Número Especial. Junio 2009.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “*Curso de Derecho Penal*”. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.

- “*La reforma penal en España*”. Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983. Volumen I núm. 37/40. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983.
- “*La nueva regulación de la prescripción del delito*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

- “*Manual de Derecho Penal*” Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Editorial Aranzadi. Segunda Edición. 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ MORALES PRATS, Fermín/ TAMARIT SUMALIA, Josep María/ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Comentarios al Código Penal*”. Tomo I (Artículos 1 a 137). Director Gonzalo Quintero Olivares. Coordinador Fermín Morales Prats. Editorial Thomson Aranzadi. Quinta Edición. Madrid 2011.

RAGUÉS I VALLÉS Ramón.

- “*La prescripción de los delitos y de las penas: Una ocasión perdida*”. El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinadora Nuria Pastor Muñoz. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Primera Edición. Madrid 2012.
- “*La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: Razones y Propuestas*”. Estudios Penales al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Constitutio Criminales Carolina. Oviedo 2013.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada. “*Límites al Poder Punitivo del Estado (IV)*”. Derecho Penal. Parte General. Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Banch. Segunda Edición revisada y puesta al día con las recientes reformas penales. Valencia 2004

REYES MONTERREAL, José María. “*Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*”. Tomo XXXII. Artículos 1930 a 1978. Disposiciones transitorias y adicionales. Volumen Segundo. Editorial Reus. Madrid 1965.

ROBLES PLANAS, Ricardo. “*El nuevo Código Penal: Comentarios a la Reforma*”. Director Jesús María Silva Sánchez. Coordinadora Nuria Pastor Muñoz. Editorial La Ley. Grupo Wolters-Kluwer. Primera Edición. Enero 2012.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *“Derecho Penal Español”*. Parte General. Editorial Dykinson. Decimoctava edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid 1995.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Alfredo. *“Justicia y Criminalidad en Toledo y sus montes en la Edad Moderna”*. Edita Ayuntamiento de Toledo y Consorcio de Toledo. Colección Archivo Municipal de Toledo nº 13. 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

- *“Derecho Penal”*. Parte General I. Editorial Civitas. Madrid 1978
- *“Legalidad (Principio de)”*. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Barcelona 1978.
- *“Significado político y fundamento ético de la pena y de las medidas de seguridad”*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1965

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *“Código Penal comentado y con jurisprudencia”*. Director Luis Rodríguez Ramos. Coordinadora Amparo Martínez Guerra. Cuarta Edición. La Ley 2011.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. *“El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia”*. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7 1989.

RUIZ ROBLEDO, Agustín.

- *“El principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española”* Revista de Derecho Político, Nº 42. 1997.
- *“El Derecho Fundamental a la Legalidad Punitiva”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

SAAVEDRA RUIZ, Juan. *“Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias”*. El Derecho. Grupo El Derecho y Quantor S.L. Primera Edición. Octubre 2010

SAINZ CANTERO, José Antonio.

- “*Lecciones de Derecho Penal*”. Parte General. Introducción. Volumen I, Editorial Bosch. 1979.
- “*Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código Penal*”. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen VII. 1994

SALAS CARCELLER, Antonio. “*Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*”. Coordinador Antonio Salas Carceller. Tomo III (Art. 1315 a 1976 y Disposiciones). Editorial Jurídica SEPIN SL. Madrid 2009.

SALDAÑA y GARCÍA-RUBIO, Quintiliano. “*La Reforma del Código Penal*”. Editorial Reus. Segunda Edición. Madrid 1920.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “*Historia del Constitucionalismo español. (1808-1936)*” Centro de Estudios Constitucionales. Cuarta Edición revisada y ampliada. Madrid 1984.

SÁNCHEZ GONZALEZ, María del Mar. “*La Codificación Penal en España: Los Códigos de 1848 y 1850*”. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2004.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián Artemio. “*La vigencia de la “doctrina Parot” entrelazada con el caso “Troitiño”. Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas*”. Diario La Ley Nº 7642. Año XXXII. 1 de junio de 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “*Derecho Administrativo*”. Parte General. Editorial Tecnos. Novena Edición. 2013.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Director Tomás Vives Antón Volumen II (Artículos 234 a Disposiciones Finales) Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

SAN MARTÍN LOSADA, Luis. *“El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870”*. Editorial Imprenta Clásica Española. Madrid 1928.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando.

- *“Crisis del principio de Legalidad en materia Penal”*. Fundamentos de conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2014.
- *“Delito de daños. Evolución y dogmática. Artículo 263 Código Penal”*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid 2003.
- *“Medio Ambiente y Reparación del Daño”*. Fundamentos de conocimiento jurídico. Textos Jurídicos y Contextos sociales en F. A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2011.
- *“La responsabilidad civil “ex delicto” en el proyecto de Código Penal de 1992”*. Política Criminal y Reforma Penal: Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1993.
- *“Recensión a La Retroactividad”*. Normas Jurídicas Retroactivas e Irretroactivas. Autor José María Suárez Collía. Segunda Edición. Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Número 3. Año 2006.
- *“Corrupción y Derecho Penal”*. Tribuna Complutense nº 147. Revista de la Universidad Complutense de Madrid. Octubre 2010.

SANTAMARÍA ANSA, Juan. *“Comentarios al Código Civil”*. Texto vigente. Comentarios. Concordancias y Referencias. Recensión de la doctrina de los autores. Recensión y tablas cronológicas de jurisprudencia. Claves sinópticas. Bibliografía e Índices”. II. Artículos 1033 a Disposiciones transitorias y

apéndice foral de Aragón. Universidad Complutense. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.

SANZ DELGADO, Enrique. “*La reforma introducida por la Ley 7/2003 ¿una vuelta al siglo XIX?*”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Segunda época número extraordinario 2 (2004)

SANZ MORÁN, José Ángel.

- “*Medidas de Seguridad: Régimen general*”. Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Directores Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.
- “*Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación Penal*”. Revista de Derecho Penal nº 11, 2004.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. “*Comentarios a la Constitución*”. Director Fernando Garrido Falla. Editorial Civitas. Tercera Edición ampliada. Madrid 2001.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso.

- “*La reincidencia*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Editorial Constitutio Criminalis Carolina. 2013.
- “*La prescripción del delito (Tres cuestiones)*”. Dykinson 2003.
- “*Derecho Penal Español*”. Parte General. José María Rodríguez Devesa. Editorial Dykinson. Decimoctava Edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. 1995.

SILVA SÁNCHEZ, José María.

- “*El nuevo Código Penal*”. Comentarios a la Reforma. Editorial La Ley. Primera Edición. Enero 2012.
- “*Legislación Penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña. Volumen 93 nº 1 1994.

- “*Consideraciones sobre las medidas de seguridad para imputables y semiimputables (con especial referencia al Proyecto CP 1994)*” Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. Valencia 1997.

SUÁREZ COLLÍA, José María.

- “*La retroactividad: Normas Jurídicas retroactivas e irretroactivas*”. Edita Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2005.
- “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencial*”. Editorial Actas. Madrid 1994.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “*Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas*”. Revista Jurídica de Castilla-León. Nº 32 enero 2014.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “*Manual de Historia del Derecho Español*” Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Cuarta reimpresión. Madrid 1990.

VALENCIA MARTÍN, Germán. “*El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito del Derecho Administrativo*” Comentarios a la Constitución Española de 1978. XXX Aniversario. Directores CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRIGUEZ-PIÑEIRO BRAVO-FERRER, Miguel. Edita Fundación Wolters Kluwer. Edición 2008.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. “*Comentarios al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010 de 22 de junio*”. Editorial La Ley 2010.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “*La irretroactividad: Problemática general*” Editorial Dykinson. Madrid 2006

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. “*La Eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2001.

VIDAL GIL, Ernesto Jaime. “*Constitucionalismo y codificación: Las raíces ideológicas de la codificación civil y penal en España*”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo Volumen. Universitat de Valencia. Institut de Criminologia. Valencia 1997.

VILLAR PALASI, José Luis/SUÑE LLINAS, Emilio.

- “*Comentarios a la Constitución española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. Artículos 1 a 9. Editorial Edersa. 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Santiago,

- “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Coordinador Tomás Santiago Vives Antón. Volumen I (Arts. 1 a 233) Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996.
- “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Coordinador Tomás Santiago Vives Antón. Volumen II (Arts. 234 al final) Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Santiago /CUERDA ARNAU, María Luisa. “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot, como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Editorial Constitutio Criminalis Carolina 2013.

YUSTE CASTILLEJO, Ángel. “*Principales innovaciones en materia de ejecución de penas*”. Trabajo de investigación. Tutor Fernando Santa Cecilia García. Inédito. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Doctorado 2006-2007.

ZUGALDIA ESPINAR, José María. “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición. Valencia 2004.

ZUÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. “*Cuando las leyes penales en blanco vulneran del principio de legalidad*”. Revista de Derecho nº 8. 2004.

SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. “*Código Penal con jurisprudencia*”. Edición a cargo de Oscar Morales García (Director) Rosa Fernández Palma y Manuel Álvarez Feijoo. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2013.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar.

- “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Tomo I. Artículos 1 a 9. Editorial Edersa 1996
- “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. Tomo III. Artículos 24 a 38. Editorial Edersa 1996.

ANTON ONECA, José.

- “*Historia del Código Penal de 1822*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVIII, fascículo 2 Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1965.
- “*El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVIII. Fascículo III. Madrid 1965.
- “*El Código Penal de 1870*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXIII. Fascículo II. Madrid 1970.

ANTON ONECA, José/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. “*Derecho Penal*”. Parte General. Grafica Administrativa. Rodríguez San Pedro. Madrid 1949

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Hammurabi. Argentina 1999.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “*(Ir)retroactividad de las modificaciones a las normas complementarias de la una ley penal en blanco*”. Revista de Política Criminal nº 7, 2009.

BARÓ PAZOS, Juan. *“La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”* Editorial Universidad de Cantabria. Santander 1993

BOIX REIG, Javier. *“El principio de legalidad en la Constitución”*. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la Semana del Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda. Organizada por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Deusto (4 al 11 de marzo de 1983).

CASABÓ RUIZ, José Ramón. *“La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente”*. Estudios Penales y Criminológicos. Volumen V. 1982. Cursos y Congresos nº 22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *“Derecho Civil Español Común y Foral”*. Tomo I. Introducción y Parte General. Volumen I. Ideas Generales. Teoría de la Norma Jurídica. Editorial Reus. Segunda Edición, revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Madrid 2005.

CEREZO MIR, J. *“Curso de Derecho Penal Español”*. Parte General. I Introducción. Sexta edición. Editorial Tecnos. Madrid 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel.

- *“Comentarios al Código Penal”*. Tomo I. Artículos 1 a 18. Editorial Edersa. Madrid 2000.
- *“Sinopsis de Derecho Penal”*. Parte General. Libro de estudio. (Director-Coordinador) Manuel Cobo del Rosal. Dykinson. Madrid 2011.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.) *“Comentarios a la Legislación Penal”*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid 1982

COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTAR DIEZ, Manuel.

- “*Instituciones de Derecho Penal*”. Parte General. CESEJ Ediciones. Madrid 2004.
- “*Comentarios a la Constitución española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo III. Artículos 24 a 38. Editorial Edersa 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás. “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta Edición. Valencia 1999

COLINA GAREA, Rafael. “*Comentarios al Código Civil*”. Tomo I. (Art. 1 a 151) Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido. “*Código Penal Comentado*”. Editorial Bosch. Tercera Edición. Junio 2010.

CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARAN, Mercedes. “*Comentarios al Código Penal*”. Parte General. Directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán. Editorial Marcial Pons. 2004.

CUERDA RIEZU, Antonio Rafael.

- “*La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*”. La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 aniversario. Coordinadores Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro y María José de la Fuente y de la Calle. Edita J.M Bosch. Madrid 1998.
- “*La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*”. Edita Iustel. Primera Edición. 2014.

DE CASTRO y BRAVO, Federico. “*Derecho Civil de España*”. Parte General I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Instituto de Estudios Políticos. Tercera Edición. Madrid 1955.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *“El Principio de Leghality Penal”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004

DÍAZ AZNARTE, María Teresa. *“Teoría General de la sucesión de leyes en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2002.

DÍEZ PICAZO, Luis María/ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *“Sistema de Derecho Civil”*. Volumen I Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Editorial Tecnos. Duodécima Edición. 2012.

FIORE, Pascuale. *“De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada”*. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Colección Clásicos del Derecho. Directores Joaquín Almoguera Carreres, Gabriel Kalle. Editorial Reus. Cuarta Edición. 2009.

FRIGOLS I BRINES, Eliseu.

- *“Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”*. J.M. Bosch Editor. Barcelona 2004.
- *“El principio de Irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”*. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNANDEZ, Tomás Ramón. *“Curso de Derecho Administrativo I”*. Editorial Thomson-Reuters. Decimoquinta Edición. 2011.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio.

- *“Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal”*. Volumen I y II. Editorial Universitaria Ramón Areces. Quinta Edición. Madrid 2012.
- *“La Soledad de las víctimas en Estrasburgo”* Diario La Razón 28 de octubre de 2013.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *“Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”*. Anuario de Derecho. Tomo XIX. Fascículo 1 Enero a Marzo. 1966

GARRIDO FALLA Fernando. *“Comentarios a la Constitución”*. Editorial Civitas. Tercera Edición ampliada. Madrid 2001

GAYA SICILIA, Regina. *“El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional”*. Editorial Montecorvo, Madrid 1987.

GIMENO SENDRA, Vicente. *“Los Principios de Legalidad y Non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional”*. Diario La Ley. Año XXVIII. Número 6735, Jueves 14 de junio de 2007.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *“Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la Ley Penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”*. Revista Jurídica de Castilla León. Nº 6. Mayo 2005.

JESCHECK, Hans-Heinsrich. *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. Traducido por Jose Luis Manzanares Samaniego. Cuarta Edición corregida y ampliada. Granada 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *“Principios de Derecho Penal. La ley y el delito”*. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana, 1989.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *“Derecho Penal Español”*. Parte General. Editorial Tecnos. Quinta Edición. Madrid 1996.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *“Sobre la Retroactividad Penal Favorable”*. Civitas Ediciones S.L. Primera Edición, 2000.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes. *“Códigos Penales Españoles 1822-1848-*

1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias". Editorial Akal. Madrid 1988

LÓPEZ MENUDO, Francisco. "*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*". Documentación Administrativa nº 263-264 (mayo-diciembre) 2002

LLABRÉS FUSTER, Antoni. "*Comentarios al Código Penal*" Director Manuel Gómez Tomillo. Editorial Lex Nova. Enero 2011.

MADRID CONESA, Fulgencio. "*El Principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*" Colección de Estudios. Serie Minor. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1982

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. "*El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo*". Revista española de Derecho Administrativo. (Enero-Marzo) 2015

MARTÍNEZ FRANCISCO, Nieves. "*Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013

MEZGER, Edmundo. "*Derecho Penal*". Libro de Estudio. Tomo I. Parte General. Traducción de la Sexta Edición por Conrado A. Finzi. Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago. "*Derecho Penal*". Parte General. Novena Edición. A cargo de Víctor Gómez Martín. Editorial Reppertor. Barcelona 2011.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. "*Límites al poder punitivo del Estado (V)*". Derecho Penal. Parte General Director José María Zugaldía Espinar. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición revisada y puesta al día con recientes reformas penales. Valencia 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco /GARCÍA ARAN, Mercedes. *“Derecho Penal”*. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Octava Edición, revisada y puesta al día. Valencia 2010

NIETO GARCIA, Ángel Juan. *“A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: Estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas”*. Diario La Ley. Año XXXIX. Número 7061. Viernes 21 de noviembre de 2008

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *“Código Civil comentado y con jurisprudencia”*. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer. Séptima Edición. Madrid 2012

PASQUAU LIAÑO, Miguel. *“Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil”*, Tomo I Artículos 1 a 608. Dirección Miguel Pasquau Liaño. Coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frias. Editorial Comares. Segunda Edición. Granada 2009

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María *“La Prescripción de los delitos y de las Faltas”*. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Centro Ramón Areces S.A. Madrid 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *“Lecciones de Derecho Penal”*. Parte General. Tomo I. Editorial Tecnos 2013.

PUIG PEÑA, Federico. *“Derecho Penal”*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición. Madrid 1968.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *“Curso de Derecho Penal”*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *“Manual de Derecho Penal”*. Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Editorial Aranzadi. Segunda Edición. 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ MORALES PRATS, Fermín/ TAMARIT SUMALIA, Josep María/ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Comentarios al Código Penal*”. Tomo I (Artículos 1 a 137). Director Gonzalo Quintero Olivares. Coordinador Fermín Morales Prats. Editorial Thomson Aranzadi. Quinta Edición. Madrid 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “*Derecho Penal Español*”. Parte General. Editorial Dykinson. Decimoctava Edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid 1995

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “*Código Penal comentado y con jurisprudencia*”. Director Luis Rodríguez Ramos. Coordinadora Amparo Martínez Guerra. Cuarta Edición. La Ley. 2011

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “*El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 7, 1989.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. “*El principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española*”. Revista de Derecho Político, Nº 42, 1997.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “*Historia del Constitucionalismo español. (1808-1936)*”. Centro de Estudios Constitucionales. Cuarta Edición revisada y ampliada. Madrid 1984.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando.

- “*Crisis del Principio de Legalidad en materia Penal*”. Fundamentos de conocimiento Jurídico. Principios del Derecho I. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2014.
- “*Delito de daños. Evolución y dogmática. Artículo 263 Código Penal*”. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid 2003.

- “*Medio Ambiente y Reparación del Daño*”. Fundamentos de Conocimiento Jurídico. Textos Jurídicos y Contextos Sociales en F.A. Hayek. Ángel Sánchez de la Torre. Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Dykinson. Madrid 2011.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “*El nuevo Código Penal*”. Comentarios a la Reforma. Editorial La Ley. Primera Edición. Enero 2012

SILVA SÁNCHEZ, José María.

- “*Legislación Penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las leyes penales en blanco*”. Revista Jurídica de Cataluña. Volumen 93 nº 1 1994.

SUÁREZ COLLÍA, José María.

- “*La retroactividad: Normas Jurídicas retroactivas e irretroactivas*”. Edita Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2005.
- “*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas. Retroactividad e irretroactividad en Derecho: Concepto, Tratamiento Normativo y Jurisprudencial*”. Editorial Actas. Madrid 1994.

TOMÁS y VALIENTE, Francisco. “*Manual de Historia del Derecho Español*” Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Cuarta reimpresión. Madrid 1990

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “*La irretroactividad: Problemática general*”. Editorial Dykinson. Madrid 2006

VILLAR PALASI, José Luis/SUÑE LLINAS, Emilio. “*Comentarios a la Constitución española de 1978*”. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo I. Artículos 1 a 9. Editorial Edersa. 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Santiago,

- “*Comentarios al Código Penal de 1995*”. Coordinador Tomás Santiago Vives Antón. Volumen I (Arts. 1 a 233) Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Santiago /CUERDA ARNAU, María Luisa. “*La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot, como paradigma*”. Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Editorial Constitutio Criminalis Carolina 2013

RESUMEN

I.INTRODUCCIÓN

La sucesión de leyes en el tiempo, permite al Ordenamiento Jurídico estar en continua evolución, por el carácter mutable del Derecho, que regula relaciones sociales y se renueva al igual que avanza la sociedad. Sin embargo esta adaptación no es fluida y surgen conflictos entre las leyes en sucesión, que dan lugar al Derecho transitorio, encargado de determinar el régimen aplicable a situaciones surgidas durante el tiempo en que coexisten dos o más leyes.

Los supuestos controvertidos aparecen cuando no coinciden en el tiempo la ley vigente durante la comisión del hecho y la vigente en el momento de su enjuiciamiento. Se aplica, por tanto, una ley nueva a hechos derivados de otras normas anteriores o a hechos realizados vigente la ley anterior, que en pocas ocasiones viene regulada a través de las Disposiciones Transitorias de la nueva disposición normativa. En la mayoría de situaciones, la omisión de estas reglas, cede ante el Ordenamiento Jurídico, que ofrece dos posibilidades, la aplicación irretroactiva de las leyes, “*tempus regit actum*” o, la aplicación retroactiva, con ciertos límites.

No existen criterios rígidos, para determinar la aplicación irretroactiva o retroactiva de las leyes penales, aunque se ofrecen pautas encaminadas a mantener el equilibrio entre seguridad jurídica y respeto a las conquistas del Derecho por una parte y evolución y progreso del Ordenamiento, como presupuesto para evitar su petrificación, por otra.

El sometimiento de la sucesión de leyes, exclusivamente, al principio de retroactividad o al de irretroactividad de la ley, conllevaría al anquilosamiento del Derecho, por tanto las reglas deben ser interpretadas de acuerdo a los límites que comportan, permitiendo un cierto arbitrio al Tribunal.

La prohibición de retroactividad, se ha ligado, al principio de legalidad o sumisión del Derecho a la Ley, de modo que nadie puede ser castigado sino por hechos definidos en una Ley, que establezca el castigo, de manera previa a su perpetración. La necesidad de normas ciertas, que excluyan la arbitrariedad de su aplicación, ha dado forma al principio de seguridad jurídica, determinante en la sucesión de normas en el

tiempo, y al de proporcionalidad, exigencia previa, para la aplicación de la ley posterior más favorable.

La retroactividad de las leyes penales favorables al reo, tiene una razón humanitaria y es un principio de legalidad ordinaria que rige, exclusivamente, para leyes “*favorables*” al reo.

La aplicación del principio de retroactividad o irretroactividad de las normas debe llevar a una solución equilibrada, no hermética, objetiva y acorde a la realidad que se vive en cada momento, ponderando circunstancias e intereses en cada caso.

II. CONTENIDO

Este trabajo consiste en un examen pormenorizado, ubicación sistemática y contenido de los principios de legalidad e irretroactividad en los textos constitucionales y penales desde la Constitución de 1812 hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

Está centrado en el contenido y fundamento de los principios de irretroactividad y retroactividad, con referencia a las diferentes posiciones mantenidas al respecto, por el contexto doctrinal y jurídico-positivo.

De una manera más exhaustiva, el reconocimiento constitucional del principio de no retroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables y restrictivas de los derechos individuales en el texto de 1978, es motivo de análisis con especial referencia al iter parlamentario hasta el contenido actual del precepto. Al igual que el principio de legalidad, con especial hincapié en la reserva de Ley en materia penal, en íntima conexión con el principio de retroactividad penal de las disposiciones favorables al reo.

Se hace un recorrido por el tratamiento, en Derecho comparado, de los principios de legalidad, irretroactividad y retroactividad de las normas, en concreto del Derecho francés, alemán e italiano.

Obligada referencia, al Derecho transitorio general, contenido en el Código Civil, y de manera especial a las Disposiciones Transitorias, que junto con las contenidas en el Código Penal, forman el Derecho intertemporal que debe servir de base en situaciones de falta de pronunciamiento por el Legislador.

Se analizan los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo, 197/2006, los votos en contra y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que revoca la llamada “Doctrina Parot”, con especial referencia al contexto doctrinal y jurídico positivo del momento.

El análisis de los supuestos controvertidos, en aplicación de la posible retroactividad en beneficio del reo, de leyes penales en blanco, elementos normativos del tipo, leyes temporales, leyes intermedias, leyes procesales, leyes que actualizan o revisan cuantías, leyes que prevén la responsabilidad civil, medidas de seguridad, prescripción, reincidencia, antecedentes penales y cambios jurisprudenciales, en España y en Derecho comparado, concluye el trabajo de investigación.

III. METODO

En esta investigación se ha utilizado el método analítico y deductivo para entrar en el estudio de la sucesión de leyes en el tiempo, y en concreto para los supuestos más controvertidos que se ven afectados por esta problemática, en la continua evolución social.

Este trabajo pone de manifiesto la búsqueda en el tiempo de un fundamento para los principios de irretroactividad y retroactividad y reúne diferentes teorías que a lo largo de la historia codificadora han intentado dotar de cimiento a la no retroactividad de las leyes, encontrando sólida base en la seguridad jurídica. La búsqueda de un pilar que sostiene la retroactividad ha llevado a exponer diferentes posturas doctrinales, con razonamientos diferentes, aunque en todas ellas se encuentra presente la razón humanitaria.

Para llevar a buen término este trabajo se han consultado textos normativos nacionales y supranacionales, analizado resoluciones, principalmente del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, en busca de pronunciamientos firmes e inequívocos, sobre los principios de retroactividad y no retroactividad de determinadas leyes que doten al Ordenamiento Jurídico español de una posición equilibrada.

IV. CONCLUSIONES

La vigencia temporal de las leyes no es un problema exclusivo del Derecho Penal, sin embargo en el ámbito criminal es donde tiene mayor trascendencia por estar afectados bienes del patrimonio jurídico del ciudadano que tienen rango constitucional.

La prohibición de retroactividad de las leyes responde a exigencias derivadas del principio de legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*” y a requisitos esenciales del hecho punible (culpabilidad) que sirven para legitimar el castigo. La irretroactividad se apoya en el principio de seguridad jurídica de ciudadano que ha de conocer las consecuencias de su conducta prevista en una ley anterior, evitando sorpresas “*ex post*” que resultan intolerables, desde un punto de vista ético, jurídico, penal y político-criminal. También en el principio de proporcionalidad, de necesidad de la pena o principio de intervención mínima, a través del cual el Derecho Penal sólo interviene para tutelar bienes jurídicos, cuando no existan otros medios menos gravosos

El fundamento doctrinal de este principio de prohibición de retroactividad, en el ámbito penal, debe remitirse a la Teoría Jurídica del Delito. En el ámbito civil serán invocadas la teoría de los derechos “*adquiridos*”, la del “*hecho jurídico cumplido*” y la de autonomía de la voluntad, entre otras, para su fundamento.

Sus inicios constitucionales aparecen en Norteamérica y posteriormente en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; en la declaración universal de los derechos del hombre de 1948; en la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, suscrito y ratificado por España; y en nuestro país consagra este principio el artículo 9.3 de la Constitución de 1978.

El principio de legalidad parte de la prohibición de retroactividad de las normas, y surge con el nacimiento del Estado liberal burgués, para reivindicar la Ley, frente a la arbitrariedad. Deriva del Derecho Natural, y ha sido constitucionalizado de manera universal

Manifestación del principio de legalidad y excepción al principio de irretroactividad, la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, ha sido una constante en la historia jurídica de las civilizaciones, aunque su constitucionalización no

se ha logrado de manera satisfactoria, debiendo deducirla a través de un proceso de interpretación. Ha sido consagrado en nuestros Códigos Penales.

Se ha pretendido encontrar un fundamento a esta excepción, pero existen razonamientos jurídicos que justifican su aplicación en concordancia con el objetivo al que se dirige el principio de legalidad (recuperación del delincuente). Tienen fundamentalmente una razón humanitaria, pietista. Además una aplicación rigurosa, literal, del principio, “*tempus regit actum*” sería materialmente injusta perversión y político-criminalmente insatisfactoria, por desconocer la nueva realidad social y mirar solo al pasado (ultractividad no justificada).

El Tribunal Constitucional ha acuñado el concepto de “*retrospección*” (permitida), por no conculcar la prohibición de retroactividad “*in peius*”. Una norma es retroactiva (prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución) cuando incide en “*relaciones consagradas*” y afecta a “*situaciones agotadas*”, a los efectos ya producidos de relaciones o situaciones jurídicas anteriores. Pero la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad.

Retroactividad o irretroactividad se refieren siempre y sólo a la Ley, no a la jurisprudencia, cuya naturaleza y función dinámica y casuística, escapa a la problemática de la irretroactividad.

Se discute por la doctrina, si el criterio general de la irretroactividad de las leyes desfavorables y de la retroactividad de las que benefician al reo se aplica también, a normas de complemento de leyes penales en blanco. Y parece lógico porque aun siendo de naturaleza extra-penal, integran definitivamente el contenido de aquellas, sin que importe a juicio de la opinión dominante si el cambio operado en las normas de complemento responde a un cambio de criterio del legislador o a razones fácticas.

También hay posiciones contradictorias en cuanto a la “*ley intermedia*” (aquella que entra en vigor después de la comisión del delito, pero que se deroga antes de la celebración del juicio). Tiene naturaleza penal, y sin duda, más beneficiosa para el reo, por lo que parece razonable su aplicación retroactiva en cuanto ley más favorable.

La prohibición de retroactividad de las leyes temporales, consta en el artículo 2.2 del Código Penal, que declara la ultraactividad de la ley temporal, lo que parece razonable por razones preventivo-generales.

Las leyes penales que modifican la cuantía divisoria se aplica con carácter retroactivo, cuando una ley posterior incrementa las respectivas cuantías, sólo cuando ésta responde a un cambio de valoración del legislador (modificación de cuantías), no cuando se trata de una nueva “*actualización*” de dichas cuantías.

El artículo 2.1 del Código Penal establece la irretroactividad de las leyes penales que prevén la imposición de medidas de seguridad que seguirían el mismo régimen que las penas.

Las leyes penales que regulan la responsabilidad civil “*ex delicto*”, a juicio de la opinión mayoritaria, pertenecen por su naturaleza y estructura al Derecho Civil y por ello están al margen del mandato del artículo 2 del Código Penal, pero sometidas al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Las leyes procesales, cuyo objeto son los actos del proceso al no ser leyes penales no se someten al régimen penal, previsto en el artículo 2, sino al civil general es decir, carecen de efectos retroactivos, salvo que establezcan lo contrario dichas leyes.

ABSTRAC

I. INTRODUCTION

The succession of laws over time, allows the legal system to be constantly evolving, due to the mutable nature of Law, which regulates social relations and it is renewed as the society evolves. However, this adaptation is not smooth and conflicts between laws in succession occur, leading to the Transitory Law that is responsible for determining the rules applicable to situations arising during the time when two or more laws coexist.

The controversial cases arise when it doesn't coincide the law applicable at the time of the commission of the act and the law applicable at the time of the prosecution. It is applied therefore to a new law in relation to facts derived from previous laws or current facts committed under previous laws. This situation is rarely regulated by the transitional provisions of the new law. In most situations, the omission of these rules yields to the legal system, which offers two possibilities, the non-retroactive enforcement of the law, "tempus regit actum" or the retroactive application of the law with certain limits.

There are no rigid criteria to determine the retroactivity or non-retroactivity of the criminal laws. However, there are some guidelines to keep the balance between legal certainty and respect for the achievements of the Law on the one hand and the development and progress of the system as requisite to avoid petrification on the other.

Subjecting the succession of laws exclusively to the principle of retroactivity or non-retroactivity of the law, would lead to the stagnation of the law, therefore the rules should be interpreted according to the limits that they carry, allowing some discretion to the Court.

The prohibition of retroactivity has been linked to the principle of legality or submission to the Rule of Law, so that no one can be punished except for acts defined in a law that establishes the penalty, prior to their perpetration. The need for certain rules which exclude arbitrary application, has shaped the principle of legal certainty, determining the succession of rules over time, and the proportionality, which is a requirement necessary before applying the subsequent and more favorable law.

The retroactivity of criminal laws favorable to the accused has a humanitarian reason and is a principle of ordinary law that applies exclusively for "favorable" laws to the defendant.

The application of the principle of retroactivity or non-retroactivity of the rules should lead to an equitable solution, non-hermetic, objective and consistent with the reality of life at all times, taking into account circumstances and interests in each case.

II. GOALS/CONTENT

This work consists of a detailed examination, a systematic location and a content of the principles of legality and non-retroactivity in constitutional texts since the Constitution of 1812 until the enactment of the statutory law 1/2015 of 30th March amending law 10/1995 of the 23rd of November enacting the Spanish Criminal Code.

This work focuses on the content and basis of the principles of non-retroactivity and retroactivity, with reference to the various positions held in this regard by the doctrinal and legal-positive context.

In a more thoroughly way, the constitutional recognition of the principle of non-retroactivity of criminal provisions, unfavorable and restrictive of individual rights, in the text of 1978, is subject to analysis with special reference to the parliamentary process that led to the current content of the provision. Like the rule of law, we have made a special emphasis on the legal reserve in material and intimate connection with the principle of retroactivity of provisions favorable to the accused.

A view of the treatment in comparative law of the principles of legality, non-retroactivity and retroactivity of the rules is provided, in particular in French, German and Italian Law.

Reference to the general transitional law, contained in the Civil Code is provided, in particular a reference to the transitional provisions that together with those provisions contained in the Criminal Code, form the intertemporal law which should be the basis in situations of lack of pronouncement by the legislator.

We have analyzed the legal basis for the judgment 197/2006 of the Supreme Court, the votes against and the judgment of the European Court of Human Rights that revokes the "Parot doctrine", with particular reference to the positive doctrinal and legal context of the time this decision was issued.

The Analysis of controversial cases on the possible retroactive application on the benefit of the accused, of criminal laws in blank, regulatory elements of type, temporary laws, intermediate laws, procedural laws, laws that update or revise the amounts and laws that contemplate civil liability, security measures, prescription, recidivism, criminal history and case law changes in Spain and in comparative law, the research work concludes.

III METHOD

In this research it has been used the analytical and deductive method to enter in the study of the succession of laws over time, and particularly for the most controversial cases that are affected by this problem which is in continuous social evolution.

This work highlights the search over time of a foundation for the principles of non-retroactivity and retroactivity, and shows different theories that, throughout the codifying history, have tried to provide foundation to the non-retroactivity of the laws, finding solid legal basis in the legal certainty. The search of the pillar that sustains retroactivity has led to expose different doctrinal positions with different arguments although in all of them the humanitarian reason is present.

In order to conclude successfully this research we have consulted several normative texts. We have analyzed numerous resolutions, mostly from the Supreme Court and the Constitutional Court, seeking strong and unequivocal statements on the principles of retroactivity and non-retroactivity of certain laws which endow the Spanish legal system of a balanced position.

IV. CONCLUSIONS

The validity of laws in time is not only a problem of criminal law, however it is in the criminal law field where it has greater importance as the civil rights of the citizens are affected, and these rights have constitutional status.

The prohibition of retroactive laws responds to the requirements of the principle of legality "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*" and to essential requirements of the punishable act (guilt) that serve to legitimate punishment. Retroactivity is based on the principle of legal security where the citizen has to know the consequences of his conduct included in a previous law, avoiding later surprises "*ex post*" that are unacceptable, from an ethical, legal, criminal and political point of view. Also on the principles of proportionality, necessity of punishment or principle of minimum intervention, through which the Criminal Law intervenes only to protect legal rights, in case there were no other less burdensome means

The doctrinal basis of the principle of non-retroactivity in criminal matters, should be referred to the Legal Theory of Crime. In order to establish this basis in the civil area it will be invoked the theory of "acquired" rights, the theory of the "legal fact fulfilled" and the theory of autonomy, among others.

The principle of non-retroactivity has its constitutional origin in North America and later in the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789; in the Universal Declaration of Human Rights 1948; in the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental freedoms of 1950; and the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, signed and ratified by Spain. Spain recognizes this principle by article 9.3 in the Constitution of 1978.

The principle of legality has its origin in the prohibition of the retroactivity of the laws, and arises from with the birth of the liberal bourgeois state, to vindicate the law against arbitrariness. It derives from the natural law, and it has been universally constitutionalized.

The Manifestation of the principle of legality and the exception to the principle of non-retroactivity, the retroactivity of criminal laws favorable to the accused has been a constant in the legal history of civilizations, although its constitutionalization has not been achieved satisfactorily, having it deduced through a process of interpretation. This principle has been enshrined in our criminal codes.

We have sought to find a basis for this exception, but there are legal arguments to justify its application in accordance with the objective that the rule of law addresses i.e. the recovery of the criminal. They have fundamentally a humanitarian reason, pietistic. Besides a strict, rigorous and literal application of the principle, "tempus regit actum" it would be a materially unfair perversion and unsatisfactory from the criminal and political perspectives, by ignoring the new social reality and looking only into the past (not justified ultraactivity).

The Constitutional Court has coined the concept of "hindsight" (permitted) as not to infringe the prohibition of retroactivity of "in peius". A law is retroactive (prohibited by Article 9.3 of the Constitution) when it affects to "consecrated relations" and affects "expired situations," the effects already produced by previous situations or previous legal relationships. But the impact on the rights, in their projections into the future does not belong to the proper field of non-retroactivity.

Retroactivity or non-retroactivity always refers only to the law, not to the case law whose nature and dynamic function, escapes the issue of retroactivity.

It is discussed by the doctrine, if the general criterion of the non-retroactivity of laws that are unfavorable and the retroactivity of the laws that benefit the accused also apply to rules that complement criminal laws in blank. And this seems logic because even if these rules are of extra-criminal nature, they definitely make up the content of the laws in blank, regardless of the position of the dominant opinion if the change in the complementary rules responds to a change of mind of the legislator or to factual reasons.

There are also contradictory positions regarding the "Interim Law" referring to the law that comes into effect after the crime is committed but that is to be repealed before the celebration of the trial. This law has a criminal nature, and certainly is more beneficial to the accused and it seems reasonable its retroactive application as it is a more favorable law.

The prohibition of retroactivity of the temporary laws is stated in Article 2.2 of the Criminal Code, which declares the ultraactivity of the temporary law, which seems reasonable for preventive and general reasons.

Criminal laws that modify the limiting amounts are applied retroactively, when a later law increases the respective amounts, only when it responds to a change in the

assessments by the legislator (changing amounts), not when it is a new "update" of such amounts.

Article 2.1 of the Criminal Code provides for retroactivity of criminal laws which impose security measures that follow the same basis as punishment.

Criminal laws governing civil liability "ex delicto", according to the majority opinion, belong in nature and structure to the Civil Law and are therefore outside the mandate of Article 2 of the Criminal Code, but they are subject to the principle of non-retroactivity of unfavorable provisions or punitive provisions that restrict rights as proclaimed in Article 9.3 of the Constitution.

The procedural laws that are aimed at trial proceedings , as they are not criminal laws, are not subject to criminal regime under article 2, but they apply to the general civil regime i.e. they lack retroactive effects unless otherwise provided by such laws.

